

Das Auslegungsprinzip des Sichverständlichmachens

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ESTHER LANGE
von Winterthur ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter R. Schluep

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Das Auslegungsprinzip des Sichverständlichmachens

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ESTHER LANGE
von Winterthur ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter R. Schluep

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 18. Februar 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. Gerold Hauser

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 13 der Reihe

Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von P. Forstmoser, C. Hegnauer, A. Heini, M. Keller, A. Meier-Hayoz, M. Rehbinder, W.R. Schluep und E. Stark.

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1981

Druck: ADAG Administration & Druck AG, Zürich



Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit

LITERATURVERZEICHNIS

Die im folgenden aufgeführten Veröffentlichungen werden nur mit dem Verfassernamen zitiert. Zur Unterscheidung verschiedener Publikationen desselben Autors wird im Literaturverzeichnis ein Hinweis angebracht. Die Literatur ist bis Ende 1980 berücksichtigt.

- | | |
|----------------------------|--|
| <u>Becker</u> , Hermann | Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (2.A. Bern 1941) |
| <u>Betti</u> , Emilio | Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, in: Festschrift für Ernst Rabel, Band II (1954) 79 ff. |
| <u>Bickel</u> , Dietrich | Die Methode der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen (Marburg 1976) |
| <u>Binder</u> , Julius | Wille und Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (Berlin) Band 5 (1911/12) 266 ff., 414., 556., Band 6 (1912/13) 96 ff., 282., 451 ff. |
| <u>Bosshart</u> , Fritz | L'interprétation des contrats (Diss. Genf 1939) |
| <u>Bucher</u> , Eugen | Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht (Zürich 1980) |
| <u>Burckhardt</u> , Walter | Die Auslegung der Verträge, Zeitschrift des Bernischen Juristenverbandes (Bern) Band 71 (1935) 425 ff. |
| von <u>Büren</u> | Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zürich 1964) |
| <u>Danz</u> , Erich | Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (3.A. Jena 1911) |
| <u>Deschenaux</u> , Henri | Partie générale du droit des obligations, premier cahier: Notions générales et sources des obligations (Fribourg 1975) |
| <u>Dikoff</u> , Lûben | L'évolution de la notion du contrat, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant (Paris 1937) 201 ff. |
| <u>Egger</u> , August | Grundsätze der Vertragsauslegung, in: Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Band II (Zürich 1957) 103 ff. |
| <u>Engel</u> , Pierre | Traité des obligations en droit suisse (Neuchâtel 1973) |

- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II Das Rechtsgeschäft, 2.A. (Berlin/Heidelberg/New York 1975) zitiert: Flume I
- Flume, Werner Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band I (Karlsruhe 1960) 135 ff.
- Gauch, Peter Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband V 1 b, Art. 18 (Zürich 1980)
- Gauch/Schluep/Jäggi Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Skriptum Band I (Zürich 1978)
- Gény, Francois Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Tome II (2.A. Paris 1919) No 172 ff.
- Guhl, Theo Die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen während des verflossenen Jahrhunderts, ZSR 1952 (Band 71 I), 141 ff.
- Gysin, Arnold Zur Theorie des Rechtsgeschäfts, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern) Band 65 (1929) 97 ff.
- Hartmann, Gustav Wort und Wille im Rechtsverkehr (Jena 1882) 1 ff.
- Henckel, Wolfram Die ergänzende Vertragsauslegung, Archiv für die civilistische Praxis (Heidelberg) 1960, 106 ff.
- Henle, Rudolf Vorstellungs- und Willentheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung (Leipzig 1910)
- Hug, Walter Betrachtungen zum Gerichtsgebrauch über Abschluss und Auslegung der Verträge, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil 1955) 1 ff.
- Hüppi, David Die Methode zur Auslegung von Statuten (Diss. Zürich 1971)
- Jäggi, Peter Vertrauensprinzip und Gesetz, in: Aequitas et bona fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von A. Simonius (Basel 1955) 145 ff.
- Keller, Ernst Der Vorbehalt von Nebenpunkten beim Vertragsabschluss (Diss. Zürich 1943)
- Keller, Max Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, SJZ Band 57 (1961) 313 ff.
zitiert: Keller I

- Keller, Max Der Vertragswille im Obligationenrecht, SJZ Band 58 (1962) 365 ff.
zitiert: Keller II
- " Die Auslegung des Versicherungsvertrages nach schweizerischem Recht, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (Karlsruhe) 1963, 45 ff.
zitiert: Keller III
- " 2. völlig neu bearbeitete Auflage von Roelli, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz (Bern 1968)
zitiert: Keller IV
- Kilian, Wolfgang Zur Auslegung civilrechtlicher Verträge, in: Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie (Frankfurt am Main) 1976, 271 ff.
- Kramer, Ernst Grundfragen der vertraglichen Einigung; Konsens, Dissens und Erklärungsirrtum als dogmatische Probleme des österreichischen, schweizerischen und deutschen Vertragsrechts (München/Salzburg 1972),
zitiert: Kramer I
- " Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 und 2, (Bern 1980)
- Kron, Myron Wille und Vertrauensschutz beim Vertragsabschluss nach französischem und nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1928)
- Larenz, Karl Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts (Frankfurt am Main/Berlin 1966)
zitiert: Larenz I
- " Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, Neue Juristische Wochenschrift (Band I) 1963, 737 ff.
- Lörtscher, Thomas Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht (Diss. Zürich 1977)
- Lüderitz, Alexander Auslegung von Rechtsgeschäften, in: Berkeley-Kölner Rechtsstudien, Band 8 (Karlsruhe 1966)
- Meier-Hayoz, Arthur Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss (Diss. Zürich 1948)
zitiert: Meier-Hayoz I

- Meier-Hayoz, Arthur Zur Gesetzes- und Vertragsauslegung, SJZ Band 52 (1956) 173 ff.
- Merz, Hans Berner Kommentar zum ZGB, Einleitungsband (Bern 1966) Art. 2
zitiert: Merz I
- " Die Revision der Verträge durch den Richter, in: Ausgewählte Abhandlungen, Festschrift zum 70. Geburtstag von H. Merz (Bern 1977) 213 ff.
- Möller, Helmut Irrtum und Wille in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts (Diss. Göttingen 1936)
- Oebike, Burckhardt Wille und Erklärung beim Irrtum in der Dogmengeschichte der beiden letzten Jahrhunderte (Diss. Münster 1935)
- Oftinger, Karl Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR Band 58 (1939) 178 ff.
zitiert: Oftinger I
- " Ueberblick über die Problematik und einige Hauptpunkte der Interpretation, SJZ Band 63 (1967) 353 ff.
zitiert: Oftinger II
- " Die ungelesene unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in: Aequitas et bona fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von A. Simonius (Basel 1955) 263 ff.
zitiert: Oftinger III
- " Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (2.A. Zürich 1973)
zitiert: Oftinger IV
- Oser/Schönenberger Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (2.A. Zürich 1929)
- Sandrock, Otto Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen (Köln/Opladen) Band 35, 1966
- Schluep, Walter Innominatverträge, in : Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2 (Basel/Stuttgart 1979) 764 ff.

- Schmidlin, Bruno Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und schweizerischen Recht, ZSR Band 89 I (1970) 225 ff.
- Schönenberger/Jäggi Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Allgemeine Einleitung und Art. 1 - 17 (3.A. Zürich 1973)
- Simonius, August Ueber die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, in: Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag (Basel 1942) 235 ff.
zitiert: Simonius I
- Wandlungen der Irrtumslehre in Theorie und Praxis, in: Aus der Praxis schweizerischer Gerichte und Verwaltungsbehörden, Festgabe für Fritz Goetzinger (Basel 1935) 240 ff.
zitiert: Simonius II
- Titze, Heinrich Die Lehre vom Missverständnis (Berlin 1910)
- von Thur, Andreas Die Bedeutung des Willens im Zivilrecht, ZSR Band 41 (1922) 259 ff.
- von Thur/Siegwart/
Peter Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (3.A. Zürich 1974/1979)
- von Thur/Siegwart/
Escher Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II (3.A. Zürich 1974)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
A.M.	Anderer Meinung
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung (Lausanne)
FN	Fussnote
Gl. M.	Gleicher Meinung
N	Randnote
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18 Dezember 1936
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht Neue Folge (Basel)

INHALTSUEBERSICHT

(Inhaltsverzeichnis: s. S. IX ff.)

1. TEIL: PROBLEMATIK DER AUSLEGUNG OBLIGATIONEN-

RECHTLICHER VERTRAEGE 1

1. Abschnitt: Der Auslegung zugrundeliegende
Problematik der Sprache 1
2. Abschnitt: Problematik der Wertung der bei der
Auslegung sich widerstreitenden Interessen
der Parteien 2
3. Abschnitt: Problematik der Relevanz der Auslegung
unter verschiedenen Gesichtspunkten 3
 1. Kapitel: Relevanz der Auslegung hinsichtlich
der Rechtswirksamkeit der Willenser-
klärungen 3
 2. Kapitel: Relevanz der Auslegung hinsichtlich
des Konsenses 5

2. TEIL: DAS VERTRAUENSPRINZIP ALS AUSGANGSPUNKT

DES PRINZIPS DES SICHERSTELLUNGSMACHENS 6

1. Abschnitt: Wesen des Vertrauensprinzips 6
2. Abschnitt: Verdienste des Vertrauensprinzips 6
3. Abschnitt: Mängel des Vertrauensprinzips oder
seiner Anwendung 9
 1. Kapitel: Mängel hinsichtlich des Durch-
schnittsmaßstabes der Vernunft und
der Korrektheit 9
 2. Kapitel: Mangel hinsichtlich der bei der
Anwendung des Durchschnittsmaßstabes
der Vernunft und der Korrektheit zu
berücksichtigenden Umstände 20

3. TEIL: DAS PRINZIP DES SICHERSTÄNDLICHMACHENS ALS

<u>WEITERENTWICKLUNG DES VERTRAUENSPRINZIPS</u>	21
1. Abschnitt: Auslegung der Willenserklärungen nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens	21
1. Kapitel: Rechtsgrundlage des Prinzips des Sichverständlichmachens	21
2. Kapitel: Arten des Sichverständlichmachens	23
3. Kapitel: Das Prinzip des Sichverständlichmachens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip	69
2. Abschnitt: Rechtswirkungen der Auslegung der Willenserklärungen nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens	78
1. Kapitel: Bedeutung der Auslegung hinsichtlich der Wirksamkeit der Willenserklärungen	78
2. Kapitel: Bedeutung der Auslegung hinsichtlich des Konsenses	79
3. Kapitel: Bedeutung des Konsenses hinsichtlich des Zustandekommens und des Inhaltes des Vertrages	80
3. Abschnitt: Ergänzung des Vertrages nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens	87
1. Kapitel: Voraussetzungen der Ergänzung des Vertrages	87
2. Kapitel: Verhältnis zwischen dispositivem Recht und mutmasslicher Regelung durch die Parteien	88
3. Kapitel: Methode zur Feststellung der mutmasslichen Regelung durch die Parteien (Fiktives Sichverständlichmachen)	90

INHALTSVERZEICHNIS

1. TEIL: PROBLEMATIK DER AUSLEGUNG OBLIGATIONEN- RECHTLICHER VERTRÄGE	1
1. Abschnitt: Der Auslegung zugrundeliegende Problematik der Sprache	1
2. Abschnitt: Problematik der Wertung der bei der Auslegung sich widerstrebenden Interessen der Parteien	2
3. Abschnitt: Problematik der Relevanz der Auslegung unter verschiedenen Gesichtspunkten	3
1. Kapitel: Relevanz der Auslegung hinsichtlich der Rechtswirksamkeit der Willenserklärung	3
§ 1. Auslegung hinsichtlich des Geschäfts- willens	3
§ 2. Auslegung hinsichtlich des Erklärungs- willens	4
§ 3. Gemeinsame Grundsätze	5
2. Kapitel: Relevanz der Auslegung hinsichtlich des Konsenses und des Inhaltes des Vertrages	
2. TEIL: DAS VERTRAUENSPRINZIP ALS AUSGANGSPUNKT DES PRINZIPS DES SICHERSTELLUNGSMACHENS	6
1. Abschnitt: Wesen des Vertrauensprinzips	6
2. Abschnitt: Verdienste des Vertrauensprinzips	6
3. Abschnitt: Mängel des Vertrauensprinzips oder seiner Anwendung	9
1. Kapitel: Mängel hinsichtlich des Durch- schnittsmassstabes der Vernunft und der Korrektheit	9
§ 1. Unbegründete Massgeblichkeit des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers	9
I. Durchschnittsmassstab der Vernunft und der Korrektheit	9

II.	Nichtberücksichtigung eines vom Durchschnittsmaßstab abweichenden tatsächlichen Verständnisses des Erklärungsempfängers	10
A.	Grundsätzlich gerechtfertigte Irrelevanz einer Abweichung	10
B.	Ausnahmsweise nicht gerechtfertigte Irrelevanz einer Abweichung	11
1.	Übereinstimmung des tatsächlichen Verständnisses des Erklärungsempfängers mit dem tatsächlichen Verständnis des Erklärenden	11
2.	Übereinstimmung des tatsächlichen Verständnisses des Erklärungsempfängers mit dem hypothetischen Verständnis des Erklärenden	13
III.	Massgeblichkeit des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers trotz mangelnder Übereinstimmung mit dem tatsächlichen Willen des Erklärenden	14
§ 2.	Unbegründete Massgeblichkeit des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers auch für den Erklärenden	15
§ 3.	Unbegründete Unmassgeblichkeit des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers	17
I.	Bedeutung der Erkennbarkeit des tatsächlichen Willens nach dem Vertrauensprinzip	17
II.	Bedeutung der Erkennbarkeit des tatsächlichen Willens in der Lehre des Vertrauensprinzips	18
2. Kapitel:	Mangel hinsichtlich der bei der Anwendung des Durchschnittsmaßstabes der Vernunft und Korrektheit zu berücksichtigenden Umstände	20

3. TEIL: DAS PRINZIP DES SICHERSTÄNDLICHMACHENS ALS WEITERENTWICKLUNG DES VERTRAUENSPRINZIPS	21
1. Abschnitt: Auslegung der Willenerklärungen nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens	21
1. Kapitel: Rechtsgrundlage des Prinzips des Sichverständlichmachens	21
2. Kapitel: Arten des Sichverständlichmachens	23
§ 1. Tatsächliches Sichverständlichmachen	23
I. Wesen des tatsächlichen Sichverständlich- machens	23
II. Schema für das tatsächliche Sichverständ- lichmachen	24
III. Beispiele für das tatsächliche Sich- verständlichmachen	24
IV. Mittel zur Feststellung des tatsächlichen Sichverständlichmachens	26
A. Grundsätze	26
B. Beispiele von Verhalten als Mittel zur Feststellung des tatsächlichen Sichverständlichmachens	27
1. Beispiel für Verhalten vor Vertragsabschluss	27
2. Beispiel für Verhalten vor und nach Vertragsabschluss	28
3. Beispiel für Verhalten bei und nach Vertragsabschluss	29
§ 2. Hypothetisches Sichverständlichmachen	30
I. Vorrang des tatsächlichen Sichverständ- lichmachens gegenüber dem hypothetischen Sichverständlichmachen	30
II. Bedeutung des tatsächlichen Willens des Erklärenden oder des tatsächlichen Ver- ständnisses des Erklärungsempfängers im Rahmen des hypothetischen Sichverständ- lichmachens	30

III.	Grundzüge des hypothetischen Sichverständlichmachens	31
A.	Arten des hypothetischen Sichverständlichmachens	31
1.	Uebereinstimmung des hypothetischen Verständnisses der einen Partei mit dem tatsächlichen Verständnis der anderen Partei	31
a.	Hypothetisches Erkennen des tatsächlichen Willens	31
aa.	Wesen des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens	31
bb.	Schema	32
cc.	Beispiel	32
b.	Tatsächliches Erkennen des hypothetischen Willens	33
aa.	Im allgemeinen	33
aaa.	Wesen des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens	33
bbb.	Schema	34
ccc.	Beispiel	34
bb.	Besonderheit des tatsächlichen Erkennens einer Abweichung des tatsächlichen Willens vom hypothetischen Willen ohne tatsächliches Erkennen des tatsächlichen Willens	35
aaa.	Tatbestand	35
bbb.	Beispiel	35
ccc.	Rechtswirkungen	36

aaaa.	Kein Sichverständlichmachen im Sinne des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens	36
bbbb.	Kein Sichverständlichmachen schlechthin	37
c.	Vorrang des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens gegenüber dem tatsächlichen Erkennen des hypothetischen Willens	37
aa.	Tatbestand des gleichzeitigen Vorhandenseins des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens und des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens	38
aaa.	Schema	38
bbb.	Schematischer Fall	38
ccc.	Beispiel	39
bb.	Problem	39
cc.	Lösung	40
2.	Uebereinstimmung zwischen dem hypothetischen Verständnis der einen Partei mit dem hypothetischen Verständnis der anderen Partei (Hypothetisches Erkennen des hypothetischen Willens)	41
a.	Im allgemeinen	41
aa.	Wesen des hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens	41
bb.	Schema	42
cc.	Beispiel	42

b.	Besonderheit des hypothetischen Erkennens einer Abweichung des tatsächlichen Willens vom hypothetischen Willen ohne hypothetisches Erkennen des tatsächlichen Willens	43
aa.	Tatbestand	43
bb.	Beispiel	43
cc.	Rechtswirkungen	44
aaa.	Kein Sichverständlichmachen im Sinne des hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens	44
bbb.	Kein Sichverständlichmachen schlechthin	45
c.	Besonderheit der Nichtübereinstimmung der beiden Hypothesen	45
3.	Vorrang der Uebereinstimmung der Hypothese auf seiten der einen Partei mit dem tatsächlichen Verständnis der anderen Partei gegenüber der Uebereinstimmung zwischen den Hypothesen auf seiten beider Parteien	47
B.	Gemeinsame Probleme der Hypothese	47
1.	Elemente der Hypothese	47
a.	Abstrakter Dritter an der Stelle der konkreten Partei	47
b.	Durchschnittsmassstab	49
c.	Zu berücksichtigende Umstände	50
aa.	Kreis der zu berücksichtigenden Umstände	50

aaa.	Bei konsequenter Beachtung des Ge- sichtspunktes der gegenseitigen Ver- bundenheit und Rück- sichtnahme der Kontrahenten	50
bbb.	Praktikablere Lösung	50
aaaa.	Berücksichti- gung tatsäch- lich erkannter Umstände	50
bbbb.	Berücksichti- gung erkennbarer Umstände	51
bb.	Arten der zu berücksich- tigenden Umstände	52
aaa.	Grundsatz	52
bbb.	Ausnahme	52
ccc.	Typische Umstände	52
cc.	Massgeblicher Zeitpunkt	57
2.	Besonderheiten der Hypothese	59
a.	Mehrdeutigkeit der Hypothese	59
aa.	Tatbestand	59
aaa.	Schema	59
bbb.	Schematischer Fall	59
ccc.	Beispiel	60
bb.	Problem	60
cc.	Lösung	61
b.	Ergebnislosigkeit der Hypothese	62
§ 3.	Gemeinsame Probleme des tatsächlichen und des hypothetischen Sichverständlich- machens	63

I.	Bedeutung besonderer gesetzlicher Auslegungsregeln	63
A.	Primäre Auslegungsregeln	63
1.	Art. 2 Absatz 1 OR	63
2.	Art. 176 Absatz 3 OR	63
3.	Art. 189 Absätze 2 und 3 OR	64
4.	Art. 992 Absätze 1 und 2 OR	64
5.	Art. 1021 Absatz 3 OR	64
B.	Subsidiäre Auslegungsregeln	65
II.	Unklarheitenregel	66
A.	Unklarheitenregel als primärer Auslegungsgrundsatz	66
B.	Unklarheitenregel als subsidiärer Auslegungsgrundsatz	67
III.	Massgeblicher Zeitpunkt des Sichverständlichmachens	68
3. Kapitel:	Das Prinzip des Sichverständlichmachens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip	69
§ 1.	Bedeutung des tatsächlichen Sichverständlichmachens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip	69
I.	Bedeutung des tatsächlichen Sichverständlichmachens bei abweichender Lösung nach dem Vertrauensprinzip	69
II.	Bedeutung des tatsächlichen Sichverständlichmachens bei übereinstimmender Lösung nach dem Vertrauensprinzip	71
§ 2.	Bedeutung des hypothetischen Sichverständlichmachens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip	72
I.	Bedeutung der verschiedenen Arten des hypothetischen Sichverständlichmachens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip	72

A.	Bedeutung des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip	72
B.	Bedeutung des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip	73
C.	Bedeutung des hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip	74
II.	Bedeutung der Hypothese des Prinzips des Sichverständlichmachens im Verhältnis zur Hypothese des Vertrauensprinzips	75
§ 3.	Zusammenfassende Würdigung des Prinzips des Sichverständlichmachens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip	76
2. Abschnitt:	Rechtswirkungen der Auslegung der Willenserklärungen nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens	78
1. Kapitel:	Bedeutung der Auslegung hinsichtlich der Wirksamkeit der Willenserklärungen	78
2. Kapitel:	Bedeutung der Auslegung hinsichtlich des Konsenses	79
3. Kapitel:	Bedeutung des Konsenses hinsichtlich des Zustandekommens und des Inhaltes des Vertrages	80
§ 1.	Verhältnis zwischen Zustandekommen und Inhalt des Vertrages	80
§ 2.	Bedeutung des Konsenses über die objektiv wesentlichen Vertragspunkte (objektiven Hauptpunkte - Essentialia)	82
§ 3.	Bedeutung des Konsenses über objektiv unwesentliche Vertragspunkte (objektive Nebenpunkte)	83
I.	Grundsatz	83
II.	Ausnahme	83
A.	Grundsatz	83

B.	Ausnahme einer gesetzlichen Vermutung für die Unwesentlichkeit eines objektiven Nebenpunktes	84
1.	Voraussetzung der gesetzlichen Vermutung	84
2.	Inhalt der gesetzlichen Vermutung	84
3.	Widerlegbarkeit der gesetzlichen Vermutung	85
4.	Rechtslage bei Nichtwiderlegung der gesetzlichen Vermutung	85
3.	Abschnitt: Ergänzung des Vertrages nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens	87
1.	Kapitel: Voraussetzungen der Ergänzung des Vertrages	87
2.	Kapitel: Verhältnis zwischen dispositivem Recht und mutmasslicher Regelung durch die Parteien	88
	§ 1. Grundsatz	88
	§ 2. Abweichende gesetzliche Regelung	89
3.	Kapitel: Methode zur Feststellung der mutmasslichen Regelung durch die Parteien (Fiktives Sichverständlichmachen)	90

1. TEIL: DIE PROBLEMATIK DER AUSLEGUNG OBLIGATIONENRECHTLICHER VERTRÄGE

1. Abschnitt: Der Auslegung zugrundeliegende Problematik der Sprache

"Wie sollen wir uns verstehen können, da doch ich in die Worte, die ich spreche, den Sinn und die Werte lege, die in mir sind, während Du, der Du mich vernimmst, in sie den Sinn und die Werte setzest, die sie für Dich haben und in der Welt, in der Du lebst".¹⁾

Die Sprache erweist sich, wie die tägliche Erfahrung lehrt, als unzulängliches Mittel, Empfindungen und Gedanken auszudrücken. Hinzu kommt, dass dieselben Worte, je nach den Umständen, unter denen sie gebraucht werden, verschiedene Bedeutungen haben können.²⁾

Ergeben sich so schon im Wesen der Sprache begründete Probleme, so werden diese durch Nachlässigkeit oder Unfähigkeit vieler Menschen, von der Sprache auch nur einigermaßen vernünftigen Gebrauch zu machen, noch wesentlich verschärft. Auch subjektive Unzulänglichkeiten auf seiten des Erklärungsempfängers können das Verständnis des geschriebenen oder gesprochenen Wortes beeinträchtigen. Sehr oft ist aber auch der Wunsch der Vater des subjektiven Verständnisses einer Erklärung. Von erheblicher Bedeutung ist schliesslich die Erfahrungstatsache, dass einer Erklärung vielfach nachträglich wider besseres Wissen eine vom wirklichen Verständnis abweichende Bedeutung beigemessen wird.³⁾

Mit dieser Problematik der Verständigung war der Jurist seit eh und je konfrontiert. Darauf beruht im besonderen das Problem der Feststellung

1) Zitat aus dem Aufsatz Kellers (III, 1)

2) "Ein Wort, das wir zweimal benützen, hat nie zweimal dieselbe Bedeutung" (C.J. Burckhardt, Einfälle, Zürich 1978) 25

3) Vgl. Oftinger I 179

des rechtsverbindlichen Sinnes von Willenserklärungen im Hinblick auf das Zustandekommen und den Inhalt obligationenrechtlicher Verträge, d.h. das Problem der Auslegung.⁴⁾

2. Abschnitt: Problematik der Wertung der bei der Auslegung sich widerstrebenden Interessen der Vertragsparteien

Die Frage, in welcher Weise bei der Auslegung vorzugehen sei, d.h. die Frage nach der Methode der Auslegung, ist darnach zu beurteilen, wie die bei der Auslegung einander widerstrebenden Interessen der Vertragsparteien zu werten seien. Diese Wertung weist deshalb eine besondere Problematik auf, weil sie auf grundsätzlichen, zum Teil sogar ideologischen Konzeptionen⁵⁾ beruht.

Diese Problematik der Interessenwertung soll an einem Beispiel veranschaulicht werden:

A will von B einen Radioapparat kaufen. Er bezeichnet aber aus Versehen statt der Katalognummer für den gewünschten Radioapparat die Katalognummer eines Fernsehapparates. A kann nachweisen (z.B. durch Vorlegung von Briefen des B), dass B wusste oder nach den Umständen wissen musste, dass A keinen Fernsehapparat, sondern einen Radioapparat kaufen wollte.

Soll nun auf den Willen des A abgestellt werden? Oder darauf, was A im Wortlaut geschrieben hat? Oder soll es darauf ankommen, was B unter der Erklärung tatsächlich verstanden hat? Oder darauf, was B unter der Erklärung auf Grund der gegebenen Umstände verstehen durfte und musste? Oder darauf, dass B den Willen des A erkannt hat?

Dass hier von einer Wertung die Rede ist, ruft einer Präzisierung:

Diese Wertung bedeutet nämlich nicht etwa richterliche Inhaltskontrolle. Der Richter hat nicht zu prüfen, ob das inhaltliche Ergebnis der Auslegung gerecht, billig, vernünftig oder angemessen sei. Die inhaltliche Gerechtigkeit, Billigkeit, Vernünftigkeit oder Angemessenheit kann verwirklicht oder

4) Vgl. statt vieler: Oftinger I 180

5) Vgl. insbesondere das Willensprinzip: Meier-Hayoz I 43 ff.; hinten S. 7 f.

nicht verwirklicht sein, gleichviel, ob und in welcher Weise die Methode der Auslegung den Interessen der einen oder der anderen Vertragspartei Rechnung trägt:

Das inhaltliche Ergebnis kann gerecht oder ungerecht, billig oder unbillig, vernünftig oder unvernünftig, angemessen oder unangemessen sein, ohne dass es darauf ankommt, ob auf den Willen einer Vertragspartei, auf den Wortlaut ihrer Erklärung oder auf den Sinn abgestellt wird, den der Partner unter den gegebenen Umständen der Erklärung beimessen durfte und musste.

Die Ueberprüfung des Inhaltes eines Vertrages daraufhin, ob die Schranken der Vertragsfreiheit überschritten seien, hat dann einzusetzen, wenn der Inhalt feststeht, sei es auf Grund der Auslegung, sei es ohne vorgängige Auslegung.

Dass die Methode der Auslegung ausschliesslich der Feststellung der Bedeutung einer Erklärung dienen kann, erhellt ferner aus der Ueberlegung, dass die Auslegungsmethode generellen, vom konkreten Vertrag und damit von dessen Inhalt unabhängigen Charakter haben muss.⁶⁾

3. Abschnitt: Problematik der Relevanz der Auslegung unter verschiedenen Gesichtspunkten

1. Kapitel: Relevanz der Auslegung hinsichtlich der Rechtswirksamkeit der Willenserklärungen

§ 1. Auslegung hinsichtlich des Geschäftswillens

Die Auslegung ist in erster Linie notwendig zur Feststellung, ob in einer Willenserklärung ein auf ein bestimmtes Geschäft gerichteter Wille, ein Geschäftswille⁷⁾, gegenüber dem Vertragspartner zum Ausdruck gekommen sei, und, sofern dies zutrifft, welchen Inhalt er aufweise.

6) A.M. Egger 105, der den Unterschied zwischen Methode und Ergebnis der Auslegung erkennt (s. FN 110)

7) Vgl. aber die Besonderheit, wo der massgebliche inhaltliche Wille ausnahmsweise nicht der Geschäftswille ist: hinten S. 23

Ergibt die Auslegung, dass ein solcher inhaltlicher Wille nicht geäußert worden ist, so bedarf es keiner weiteren Untersuchung: ein Vertrag kann in einem solchen Falle von vornherein nicht zustandegekommen sein; denn unter dieser Voraussetzung kann die betreffende Willenserklärung keine rechtsgehaltliche Wirkung haben.⁸⁾

§ 2. Auslegung hinsichtlich des Erklärungswillens

Die Auslegung dient nicht nur der Feststellung, ob in einer Willenserklärung ein inhaltlicher Wille, ein Geschäftswille, geäußert worden sei. Vielmehr lässt sich mit Hilfe der Auslegung auch feststellen, ob in der Erklärung der Wille zur Erklärung des Geschäftswillens gegenüber dem Vertragspartner, der Erklärungswille, zum Ausdruck gekommen sei.

Muss diese Frage verneint werden, so kann wiederum ein Vertrag von vornherein nicht zustandegekommen sein; denn auch unter dieser Voraussetzung kann die betreffende Willenserklärung keine rechtsgestaltende Wirkung haben.⁹⁾

Beispiel:

A hat den Willen, mit B einen Kaufvertrag über einen bestimmten Gegenstand abzuschließen. B erhält zwar von diesem Geschäftswillen des A Kenntnis, aber nicht von A selbst, sondern von C, ohne dass C als Vertreter des A aufgetreten wäre. Aus dieser Kenntnis darf B nicht den Schluss ziehen, A habe neben dem Geschäftswillen auch den Willen, diesen Geschäftswillen ihm, dem B, zu erklären. Aus diesem Grunde muss sich A bei seinem Geschäftswillen, obwohl er zum Ausdruck gekommen ist, nicht behaften lassen.

Man mag einwenden, dass A, wenn er schon den Willen hat, mit B einen Vertrag abzuschließen, auch den Willen haben werde, diesen Geschäftswillen dem B zu erklären. Einem solchen Einwand wäre indessen entgegenzuhalten, dass es durchaus möglich ist, dass A, der den Willen hat, mit B

8) Vgl. auch hinten S. 78

9) Vgl. auch hinten S. 78

einen bestimmten Vertrag zu schliessen, sich unter Umständen noch vor Abgabe der Willenserklärung dem B gegenüber anders besinnt und vom Vertrag Abstand nehmen will. Aus diesem Grunde hat A ein schützenswertes Interesse, gegenüber B nur unter der Voraussetzung gebunden zu sein, dass er B gegenüber auch den Willen zur Erklärung des Geschäftswillens, den Erklärungswillen, zum Ausdruck bringt.

§ 3. Gemeinsame Grundsätze

Für die Feststellung, ob in einer Willenserklärung ein Geschäftswille und ein Erklärungswille zum Ausdruck kommen, müssen gemeinsame Auslegungsgrundsätze gelten; denn es wäre nicht einzusehen, weshalb die bei der Auslegung sich widerstreitenden Interessen der Vertragsparteien verschieden zu werten wären, je nachdem, ob der Geschäftswille oder der Erklärungswille in Frage stehe. Aus diesem Grunde braucht in den nachfolgenden Betrachtungen nicht zwischen dem Geschäfts- und dem Erklärungswillen unterschieden zu werden, sondern kann der Einfachheit halber vom Willen schlechthin gesprochen werden.

2. Kapitel: Relevanz der Auslegung hinsichtlich des Konsenses und des Inhaltes des Vertrages

Ergibt die Auslegung der beiden Willenserklärungen, dass sie rechtsgestaltende Wirkung haben, so ist weiter zu prüfen, ob die Ergebnisse der Auslegung hinsichtlich des Geschäftswillens der beiden Parteien sich decken, ob also in den Willenserklärungen der gleiche Geschäftswille zum Ausdruck komme. Trifft dies zu, so liegt Konsens vor und ist der Vertrag im Sinne dieses Geschäftswillens, mit dessen Inhalt, zustandegekommen. Andernfalls besteht Dissens.¹⁰⁾

10) Vgl. auch hinten S. 79

2. TEIL: DAS VERTRAUENSPRINZIP¹¹⁾ ALS AUSGANGSPUNKT DES PRINZIPS DES SICHERSTÄNDLICHMACHENS

1. Abschnitt: Wesen des Vertrauensprinzips

Das Vertrauensprinzip wird auf den in Art. 2 Absatz 1 ZGB verankerten Grundsatz von Treu und Glauben zurückgeführt. Zu schützen ist darnach nicht einfach das subjektive Vertrauen eines Erklärungsempfängers in die Bedeutung der Erklärung, ihr subjektives Verständnis der Erklärung. Vielmehr wird nur das nach Treu und Glauben berechnete Vertrauen einer Partei in den Sinn einer Erklärung geschützt. Als nach Treu und Glauben berechnete wird das Vertrauen in denjenigen Sinn einer Erklärung erachtet, den ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger unter den gegebenen Umständen bei Vertragsabschluss der Erklärung entnehmen durfte und musste. Das Vertrauensprinzip ist somit eine objektive Auslegungsmethode, die auf die Hypothese abstellt, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen durfte und musste.¹²⁾

2. Abschnitt: Verdienste des Vertrauensprinzips

Das Vertrauensprinzip vermeidet die Nachteile früherer Auslegungsprinzipien, nämlich des Erklärungsprinzips und des Willensprinzips. Um die Verdienste des Vertrauensprinzips würdigen zu können, bedarf es mithin vorerst einer zusammenfassenden Betrachtung dieser beiden Prinzipien. Was zunächst das Erklärungsprinzip¹³⁾ anbelangt, so galt es in Rechtsordnungen frühester Kulturstufe, vor allem im altgermanischen Recht und auf der ersten Entwicklungsstufe des römischen Rechts.

11) Darüber umfassend: Meier-Hayoz I 67 ff., 108 f., 110 ff., 116, 120

12) Statt vieler: Oftinger I 186

13) Darüber eingehend: Meier-Hayoz I 23, 29 ff., 107, 113, 116, 119

Das Erklärungsprinzip stellt ausschliesslich auf den Wortlaut der Erklärung ab. Es kümmert sich somit weder um den Willen des Erklärenden, selbst wenn dieser Wille vom Partner erkannt wird, noch um den Sinn der Erklärung, wie er vom Partner aus den Umständen zu erschliessen ist. Dieses formalistische Abstellen auf den Buchstaben der Erklärung wird auch Buchstabeninterpretation genannt.

Beispiel:

Die polizeilich tolerierte Lärmgrenze für Rasenmäher wird von 90 auf 85 Dezibel herabgesetzt.

Aus Unkenntnis bestellt A beim Geschäft X ein bestimmtes Modell, das eine Dezibelzahl von 90 aufweist und deshalb nicht mehr zugelassen ist. Das Geschäft ist froh darüber, für dieses nicht mehr gefragte Modell einen Käufer gefunden zu haben, und möchte den Käufer beim Wortlaut seiner Erklärung behaften. Für das Geschäft X kann aber nach den erkennbaren Umständen kein Zweifel bestehen und besteht denn auch tatsächlich kein Zweifel, dass der Käufer niemals ein nicht mehr zugelassenes und daher nicht mehr gebrauchsfähiges Modell kaufen will. Nach dem Erklärungsprinzip ist jedoch die Erklärung des Käufers im Sinne des wörtlich genannten Rasenmähers auszulegen.

Das Erklärungsprinzip (Buchstabeninterpretation) diene in höchstem Masse dem Postulat der Rechtssicherheit, dem in den Frühepochen der Rechtsordnungen besondere Beachtung geschenkt wurde. Indessen wurde damit, dass in formalistischer Weise auf den blossen Wortlaut einer Erklärung abgestellt und die konkreten Umstände ignoriert wurden, die Einzelfallgerechtigkeit vernachlässigt. Nicht selten führte die Buchstabeninterpretation auch dazu, dass das unredliche Verhalten einer Vertragspartei rechtlich geschützt wurde. Jhering äusserte sich hierzu in drastischen Worten: "Der Betrug wurde legalisiert".¹⁴⁾

So lag es nahe, vom Erklärungsprinzip allmählich abzurücken, indem den individuellen Gegebenheiten des Einzelfalles immer mehr Rechnung

14) Geist des römischen Rechts (3. A. 1875), Band II/2, § 44

getragen wurde. Das Schweizerische Obligationenrecht enthält in Art. 18 eine deutliche Absage an das Erklärungsprinzip.¹⁵⁾

Das Willensprinzip¹⁶⁾ galt in der Zeit des Individualismus. Nach dem Willensprinzip ist der Wille des Erklärenden massgebend, unbekümmert darum, wie der Erklärende sich geäussert hat.

Beispiel:

A, der eine Safari-Reise unternehmen möchte, will für diese Zeit einen Land-Rover mieten. Aus Versehen sagt er zum Vermieter: "Ich möchte für einen Monat einen VW-Bus mieten". Nach dem Willensprinzip wäre ausschliesslich der Wille des A, einen Land-Rover zu mieten, massgeblich und rechtsverbindlich.

Das Willensprinzip schützte in ungerechtfertigter Weise die Interessen des Erklärenden auf Kosten des Erklärungsempfängers. Auch bietet die Feststellung des Willens, der sich nicht in einer äusseren Erscheinungsform manifestiert, grosse Schwierigkeiten. Ausserdem missachtete das Willensprinzip das Postulat der Rechtssicherheit in gravierender Weise. Das Schweizerische Obligationenrecht schliesst in Art. 1 die Auslegung nach dem Willensprinzip aus.¹⁷⁾

Das Vertrauensprinzip schützt nun - im Gegensatz zum Willensprinzip - nicht nur den Erklärenden, sondern auch den Erklärungsempfänger; denn es anerkennt denjenigen Sinn einer Erklärung als für beide Vertragsparteien rechtsverbindlich, den ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger der Erklärung entnehmen durfte und musste. Das Vertrauensprinzip trägt damit auch dem Postulat der Rechtssicherheit Rechnung.

15) Statt vieler: Oftinger I 183; Keller I 313 rechte Spalte

16) Darüber eingehend: Meier-Hayoz I 23, 41 ff., 108, 116, 119

17) Statt vieler: Oftinger I 191; Keller I 313 rechte Spalte

Im Unterschied zum Erklärungsprinzip, das - wie festgestellt - in optimaler Weise der Rechtssicherheit dient, verwirklicht aber das Vertrauensprinzip weitgehend¹⁸⁾ auch die Einzelfallgerechtigkeit, indem es die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt.

3. Abschnitt: Mängel des Vertrauensprinzips oder seiner Anwendung¹⁹⁾

1. Kapitel: Mängel hinsichtlich des Durchschnittsmasstabes der Vernunft und der Korrektheit

§ 1. Unbegründete Massgeblichkeit des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers

I. Durchschnittsmasstab der Vernunft und der Korrektheit

Das Vertrauensprinzip lässt mit Recht nicht jedes Vertrauen eines Erklärungsempfängers in den Sinn einer Erklärung gelten. Vielmehr schützt das Vertrauensprinzip nur das nach einem objektiven Masstab berechnete Vertrauen, nämlich das Vertrauen in den Sinn einer Erklärung, den ein

18) Vgl. aber den nachfolgenden 3. Abschnitt

19) Dass im folgenden eine Auseinandersetzung mit der überaus interessanten, von der gesamten übrigen Lehre allerdings grundlegend abweichenden Theorie Jäggis (Schönenberger/Jäggi N 169 ff., 240 ff., 279 ff. zu Art. 1) unterbleibt, bedarf der Begründung: Diese - bei Gauch/Schluep/Jäggi verständlicher dargestellte - Theorie ist ein in sich geschlossenes System, das sich von Grund auf vom Vertrauensprinzip und vom Prinzip des Sichverständlichmachens (darüber hinten S. 21 ff.) so sehr unterscheidet, dass sich weder in Grundsatzfragen noch im einzelnen Vergleiche anstellen lassen. Dazu kommt, dass einer Auseinandersetzung mit der Theorie Jäggis eine besondere Monographie gewidmet werden müsste.

vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger²⁰⁾ unter den für ihn erkennbaren Umständen bei Vertragsabschluss der Erklärung entnehmen durfte und musste. Das Vertrauensprinzip stellt also auf ein Durchschnittsmass von Vernunft und Korrektheit ab.

II. Nichtberücksichtigung eines vom Durchschnittsmassstab abweichenden tatsächlichen Verständnisses des Erklärungsempfängers

A. Grundsätzliche gerechtfertigte Irrelevanz einer Abweichung

Nach dem Vertrauensprinzip gilt derjenige Sinn einer Erklärung, den ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger der Erklärung entnehmen durfte und musste.

Daher ist es nach dem Vertrauensprinzip irrelevant, was der Erklärungsempfänger unter der Erklärung tatsächlich verstanden hat. Irrelevant ist nach dem Vertrauensprinzip ferner, aus welchen Gründen allenfalls der Erklärungsempfänger etwas anderes verstanden hat, als er nach den objektiven Kriterien der Vernunft und der Korrektheit unter der Erklärung verstehen durfte und musste (mangelnde Intelligenz, fehlendes Gefühl für Korrektheit usw.).

Grundsätzlich erscheint es denn auch als gerechtfertigt, dass ein Durchschnittsmassstab der Vernunft und der Korrektheit abweichendes tatsächliches Verständnis des Erklärungsempfängers als irrelevant angesehen wird.

20) In der Lehre des Vertrauensprinzips ist die Frage umstritten, ob auf das hypothetische Verständnis des konkreten oder auf dasjenige eines abstrakten Erklärungsempfängers abgestellt werden müsse (hinten S. 75 f.).

Im folgenden wird der Erklärungsempfänger, für den nach dem Vertrauensprinzip die Hypothese eines vernünftigen und korrekten Verständnisses aufzustellen ist, so umschrieben, dass sowohl der konkrete als auch der abstrakte Erklärungsempfänger darunter verstanden werden können.

B. Ausnahmsweise nicht gerechtfertigte Irrelevanz einer Abweichung

1. Uebereinstimmung des tatsächlichen Verständnisses des Erklärungsempfängers mit dem tatsächlichen Verständnis des Erklärenden

Vom Grundsatz, dass es nicht auf das tatsächliche Verständnis des Erklärungsempfängers ankommen kann, sollte zunächst dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn das tatsächliche Verständnis des Erklärungsempfängers mit dem tatsächlichen Verständnis des Erklärenden übereinstimmt. In einem solchen Falle hat der Erklärungsempfänger den Willen des Erklärenden erkannt. Der Erklärende hat sich somit in idealster Weise, nämlich in tatsächlichem Sinne, verständlich gemacht²¹⁾. Die Erklärung muss infolgedessen im Sinne des vom Erklärungsempfänger tatsächlich erkannten tatsächlichen Willens des Erklärenden ausgelegt werden²²⁾, nicht im Sinne des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Vertragspartners, wie in der Lehre allgemein²³⁾ angenommen wird; denn soweit nicht die Interessen des Partners verletzt werden, soll der Wille einer Vertragspartei berücksichtigt werden.

Abgesehen davon kann eine Hypothese, die ja ihrem Wesen nach ein blosses Hilfsmittel, einen Notbehelf, darstellt, nur unter der Voraussetzung ihre Berechtigung haben, dass ein übereinstimmendes tatsächliches Verständnis nicht feststeht²⁴⁾.

21) Hinten S. 23 ff.

22) Nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens liegt hier der Tatbestand des tatsächlichen Erkennens des tatsächlichen Willens vor (hinten S. 23).

23) Anders - allerdings vom Standpunkt des deutschen Rechts aus - : Larenz I 78; ferner Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Berlin) Band 66, 427, und 99, 147

24) Hinten S. 77

Diese von der Lehre des Vertrauensprinzips abweichende Lösung liesse sich allerdings aus dem Vertrauensprinzip herleiten, wenn es sinngemäss angewandt würde:

Nach dem Vertrauensprinzip muss eine Erklärung unter Umständen im Sinne des tatsächlichen Willens des Erklärenden ausgelegt werden. Das ist nämlich dann der Fall, wenn dieser tatsächliche Wille für einen vernünftigen und korrekten Partner erkennbar war²⁵⁾. Erst recht muss aber eine Erklärung dann im Sinne des tatsächlichen Willens des Erklärenden ausgelegt werden, wenn dieser Wille für den Partner nicht nur erkennbar war, sondern von ihm sogar tatsächlich erkannt wurde.

Beispiel:

A erkennt, dass B einen Plattenspieler kaufen will. Die Erklärung des B muss infolgedessen im Sinne dieses von A erkannten Willens des B ausgelegt werden, wie immer sie lauten mag.

In der Lehre des Vertrauensprinzips wird demgegenüber fast durchwegs²⁶⁾ die Hypothese eines vernünftigen und korrekten Partners ohne Rücksicht darauf aufgestellt, ob der Partner den Willen des Erklärenden tatsächlich erkannt habe. Dass die Lehre des Vertrauensprinzips das tatsächliche Erkennen des Willens durch den Partner nicht berücksichtigt, wird besonders deutlich in der Auseinandersetzung mit der Regelung von Art. 26 Absatz 1 am Ende OR:

Art. 26 Absatz 1 OR lautet:

"Hat der Irrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so ist er zum Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens verpflichtet, es sei denn, dass der andere den Irrtum gekannt habe...."

25) Hinten S. 17 unten

26) Eine Ausnahme macht offenbar Oftinger (IV, Einführung zu Nr. 27); seine Begründung ist allerdings allzu konzis und darum missverständlich (vgl. hinten FN 40).

Nach dieser Vorschrift entfällt die Schadenersatzpflicht des Irrenden dann, wenn der Partner den Irrtum, d.h. die Diskrepanz zwischen der ausgelegten Erklärung und dem Willen, d.h. dem tatsächlichen - nicht irgendeinem Willen²⁷⁾ - erkannt hat. Wenn aber der Partner des Erklärenden dessen tatsächlichen Willen erkannt hat, dann muss auch nach dem Vertrauensprinzip die Erklärung im Sinne dieses Willens ausgelegt werden. Ist aber die Erklärung im Sinne dieses Willens auszulegen, so ist ein Irrtum, d.h. eine Diskrepanz zwischen der ausgelegten Erklärung und dem Willen des Erklärenden von vornherein ausgeschlossen. Art. 26 Absatz 1 am Ende OR setzt daher zu Unrecht einen Erklärungsirrtum voraus.²⁸⁾

Zu dieser Erkenntnis ist jedoch die Lehre des Vertrauensprinzips deshalb nicht gelangt, weil sie die Erklärung nicht im Sinne des Willens des Erklärenden auslegt, falls dieser Wille vom Partner erkannt wird.

2. Uebereinstimmung des tatsächlichen Verständnisses des Erklärungsempfängers mit dem hypothetischen Verständnis des Erklärenden

Falls sich das tatsächliche Verständnis des Erklärungsempfängers mit der Bedeutung deckt, die ein vernünftiger und korrekter Erklärender seiner eigenen Erklärung beimessen durfte und musste, so ist die Erklärung im Sinne dieses übereinstimmenden Verständnisses auszulegen.²⁹⁾ Gleichgültig

27) Art. 26 Absatz 1 OR kann nur den Fall im Auge haben, in dem der zur Anfechtung des Vertrages berechnete Irrtum, mithin die Diskrepanz zwischen der ausgelegten Erklärung und dem tatsächlichen Willen vom Partner erkannt wird oder hätte erkannt werden sollen (zum letzteren Tatbestand: hinten S. 19).

Zu den Fällen, in denen der Partner erkennt oder erkennen muss, dass der tatsächliche Wille des Erklärenden von dessen hypothetischem Willen abweicht, ohne dass er die tatsächliche Abweichung, d.h. den tatsächlichen Willen des Erklärenden erkennt oder erkennen muss: hinten S. 35 ff., 43 ff.

28) Freilich behält Art. 26 Absatz 1 OR seine Bedeutung für den Grundlagenirrtum.

29) Näheres zu diesem Tatbestand des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens: hinten S. 33 ff.

ist dabei, ob das tatsächliche Verständnis des Erklärungsempfängers vom Durchschnittsmaßstab der Vernunft und der Korrektheit abweicht.³⁰⁾ Die vom Vertrauensprinzip angenommene Irrelevanz einer solchen Abweichung ist deshalb nicht gerechtfertigt.

III. Massgeblichkeit des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers trotz mangelnder Übereinstimmung mit dem tatsächlichen Willen des Erklärenden

Das Vertrauensprinzip stellt schlechthin auf die Hypothese ab, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen durfte und musste, ohne Rücksicht darauf, ob das hypothetische Verständnis des Erklärungsempfängers mit dem tatsächlichen Willen des Erklärenden übereinstimmt.

Die Prüfung der Frage, ob diese letztere Übereinstimmung bestehe, wäre aber nur dann nicht erforderlich, wenn das hypothetische Verständnis des Erklärungsempfängers notwendig mit dem hypothetischen Verständnis des Erklärenden übereinstimmte; denn nur unter dieser Voraussetzung wäre eine Übereinstimmung zwischen dem hypothetischen Verständnis des Erklärungsempfängers und einem vom hypothetischen Verständnis des Erklärenden abweichenden tatsächlichen Willen von vornherein ausgeschlossen. Das hypothetische Verständnis des Erklärungsempfängers braucht indessen durchaus nicht mit dem hypothetischen Verständnis des Erklärenden übereinzustimmen.³¹⁾

Aus diesem Grunde darf auf die Hypothese, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen durfte und musste, nur unter der Voraussetzung abgestellt werden, dass dieses hypothetische Verständnis mit dem tatsächlichen Willen des Erklärenden übereinstimmt.³²⁾

30) Das hypothetische Verständnis des Erklärungsempfängers braucht mit dem hypothetischen Verständnis des Erklärenden nicht übereinzustimmen (hinten S. 15 ff., 45 f.).

31) Hinten S. 15 ff., 45 f.

32) Vgl. demgegenüber das Vorgehen nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens: hinten S. 31 ff.

2. Unbegründete Massgeblichkeit des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers auch für den Erklärenden

Das Vertrauensprinzip stellt ausschliesslich darauf ab, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen durfte und musste. Nach dem Vertrauensprinzip muss also der Erklärende stets denjenigen Sinn seiner Erklärung gegen sich gelten lassen, den ein vernünftiger und korrekter Partner seiner Erklärung entnehmen durfte und musste.³³⁾

Dabei verkennt indessen das Vertrauensprinzip, dass ein vernünftiger und korrekter Erklärender selbst unter seiner Erklärung allenfalls etwas anderes verstehen durfte und musste als der Partner. Das kann nämlich dann der Fall sein, wenn die für die eine Vertragspartei mit den für die andere Vertragspartei zu berücksichtigenden Umständen nicht übereinstimmen. Diese Möglichkeit ergibt sich schon aus der Tatsache, dass die von den beiden Vertragsparteien erkannten Umstände nicht identisch zu sein brauchen.³⁴⁾ Aber auch die für die eine Vertragspartei erkennbaren Umstände müssen sich nicht mit den für die andere Vertragspartei erkennbaren Umständen decken. In denjenigen Fällen, in denen eine solche Uebereinstimmung nicht besteht, braucht die Hypothese des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers nicht übereinzustimmen mit der Hypothese des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärenden.

33) Simonius I 235; Simonius II 242; Meier-Hayoz I 111; Schmidlin (234) stellt zwar die Frage, warum alleine der Standpunkt des Erklärungsempfängers berücksichtigt werden soll, führt aber diesen Gedanken nicht zu Ende.

Abweichend: Larenz 72 f. und 74 f.

34) Neben den für eine Vertragspartei erkennbaren Umständen müssen nämlich auch die von ihr tatsächlich erkannten Umstände berücksichtigt werden (hinten S. 50 f.), was von der Lehre des Vertrauensprinzips verkannt wird (hinten S. 20).

Ein Beispiel³⁵⁾ für eine Nichtübereinstimmung zwischen den für die eine Vertragspartei erkennbaren Umständen und den für die andere Vertragspartei erkennbaren Umständen:

A teilte dem B, einem Kunsthändler, mit, dass er sich für ein tadelloses und erstklassiges Exemplar der Sammlung schweizerischer Landschaftsstiche von Lory interessiere. Nach einiger Zeit schrieb B an A, er biete ihm ein erstklassiges Exemplar der Sammlung für Fr. 1'500.-- an. A stimmte vorbehaltlos schriftlich zu. Wie er jedoch nachträglich feststellte, waren die erhaltenen Stiche erheblich weniger gut, als er erwartet hatte. Er erfuhr, dass von der Sammlung zwei Ausgaben bestehen, eine wervollere Pariser und eine etwas weniger gute Basler Ausgabe. Das gelieferte Werk war ein immerhin erstklassiges Exemplar der Basler Ausgabe. Es stand für einen Fachmann auch fest, dass der Preis von Fr. 1'500.-- sich unmöglich auf die Pariser Ausgabe beziehen konnte.

A vermochte nachzuweisen, dass ihm das Vorhandensein zweier Ausgaben nicht bekannt war, ebensowenig deren Preise. Von A als einem Laien konnte aber auch nicht erwartet werden, dass er das Vorhandensein zweier Ausgaben oder deren Preise kannte.

B durfte und musste als vernünftige und korrekte Vertragspartei auf Grund der für ihn als Kunsthändler erkennbaren Umstände - Vorhandensein zweier Ausgaben, wovon nach dem offerierten Preis nur die billigere Basler Ausgabe in Frage kam - seine Erklärung als eine auf die Basler Ausgabe sich beziehende Offerte verstehen³⁶⁾. A durfte und musste dagegen als

35) Das nachfolgende Beispiel stellt eine Abwandlung des in den Entscheidungen des Appellationsgerichts Basel (Band V, 1930, 131) abgedruckten und von Simonius (II 243 ff.) besprochenen Urteils dar.

36) Bei dieser Hypothese wird auf die konkrete Vertragspartei B, nicht auf einen abstrakten Dritten abgestellt (vorn FN 20). Aber selbst wenn es auf einen abstrakten Dritten ankommen soll, so müssen die konkreten Gegebenheiten, hier insbesondere der Beruf des B, berücksichtigt werden; andernfalls wird ohne Not darauf verzichtet, die Einzelfallgerechtigkeit zu verwirklichen (hinten S. 76 oben). Auch nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens wird den konkreten Verhältnissen Rechnung getragen, indem auf einen abstrakten Dritten an der Stelle der konkreten Vertragspartei abgestellt wird, was im vorliegenden Falle bedeutet, dass der konkrete Beruf des B berücksichtigt wird (hinten S.47 (unten) f.).

vernünftige und korrekte Vertragspartei auf Grund der für ihn als Laien erkennbaren Umstände die Erklärung des B dahin verstehen, dass ihm B ein Exemplar der besten Ausgabe offeriere, falls mehrere Ausgaben bestehen sollten.

Wie nachfolgend näher begründet wird, scheitert in diesem Fall der Konsens schon an der Rechtsunwirksamkeit der Erklärung des B.

Im Falle einer Nichtübereinstimmung zwischen der Hypothese des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers mit der Hypothese des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärenden darf die Erklärung weder im Sinne der einen noch im Sinne der anderen Hypothese ausgelegt werden. Daraus muss gefolgert werden, dass die Auslegung kein Ergebnis zeitigt, die Erklärung mithin rechtlich unwirksam ist und ein Konsens schon an der Rechtsunwirksamkeit dieser einen Erklärung scheitert.³⁷⁾

3. Unbegründete Unmassgeblichkeit des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers

I. Bedeutung der Erkennbarkeit des tatsächlichen Willens nach dem Vertrauensprinzip

Falls das hypothetische Verständnis des Erklärungsempfängers mit dem tatsächlichen Willen des Erklärenden übereinstimmt, der tatsächliche Wille des Erklärenden somit für einen vernünftigen und korrekten Erklärungsempfänger erkennbar ist, muss die Erklärung nach dem Vertrauensprinzip im Sinne dieses erkennbaren Willens ausgelegt werden³⁸⁾; denn das nach dem Vertrauensprinzip an und für sich massgebliche Verständnis eines

37) Nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens ergibt sich diese Lösung daraus, dass sich der Erklärende im Falle einer Diskrepanz zwischen den beiden Hypothesen nicht verständlich gemacht hat (hinten S. 45 (unten) f.).

38) Oftinger II 360 linke Spalte (Ziff. 1); ZR 61 (1962) Nr. 50; Kramer I 100.

vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers muss erst recht dann massgebend sein, wenn es mit dem tatsächlichen Willen des Erklärenden übereinstimmt.

Beispiel:

A unterzeichnet eine von B verfasste Vertragsurkunde, ohne sie gelesen zu haben. Auf Grund der konkreten Umstände ist aber für B erkennbar, dass der Wille des A auf einen andern als den verkündeten Inhalt gerichtet ist. In einem solchen Falle muss nach dem Vertrauensprinzip die Erklärung des A im Sinne des für B erkennbaren tatsächlichen Willens des A ausgelegt werden³⁹⁾.

II. Bedeutung der Erkennbarkeit des tatsächlichen Willens in der Lehre des Vertrauensprinzips

Dass die Lehre des Vertrauensprinzips im Falle der Erkennbarkeit des tatsächlichen Willens die Erklärung nicht im Sinne dieses erkennbaren Willens auslegt⁴⁰⁾, zeigt sich in der Auseinandersetzung mit der Regelung von Art. 26 Absatz 1 am Ende OR:

39) GLM. BGE 41 II 455 ff., insbesondere 458 unten

40) Eine Ausnahme machen Oftinger II, 360, und Kramer I, 100; ebenso - wenn auch allzu konzis und darum missverständlich; deshalb die Kritik Kramers I, 100 -> Oftinger III, 268 f. und IV, Einführung zu Nr. 27 und Erläuterungen zu Nr. 29.

Bedauerlicherweise hat Oftinger nicht zum Ausdruck gebracht, dass in den von ihm ins Auge gefassten Fällen der Erklärende sich im Sinne des hypothetischen Erkennens seines tatsächlichen Willens verständlich gemacht hat und dass infolgedessen seine Erklärung in diesem Sinne auszulegen ist.

Dagegen wirft Kramer (I, 100) Oftinger zu Unrecht vor, dass er bei dem von ihm zugrundegelegten Tatbestand der Unterzeichnung einer ungelesenen unterzeichneten Urkunde nicht Konsens annimmt. Wenn nämlich die Erklärung des Unterzeichners der Urkunde im Sinne seines für den Partner erkennbaren Willens ausgelegt wird, so kann daraus keineswegs schon auf Konsens geschlossen werden:

Einmal kann die Frage eines Konsens oder Dissens überhaupt erst beurteilt werden, wenn beide Erklärungen ausgelegt sind; denn erst gestützt darauf kann festgestellt werden, ob sich die beiden Auslegungsergebnisse decken (Konsens) oder ob sie auseinanderfallen (Dissens) (hinten S. 79); Luenod, Bernhard, *Délimitation du domaine de l'erreur dans les contrats en droit suisse des obligations* (Diss. Lausanne 1941) 51.

Zum andern stimmt die Auslegung der Erklärung des Unterzeichners der Urkunde im Sinne seines erkennbaren tatsächlichen Willens mit der Auslegung der Erklärung des Partners nicht überein.

Nach dieser Vorschrift entfällt die Schadenersatzpflicht des Irrenden nicht nur dann, wenn der Partner den Irrtum, d.h. die Diskrepanz zwischen der ausgelegten Erklärung und dem Willen, d.h. dem tatsächlichen - nicht irgendeinem Willen⁴¹⁾ - erkannt hat⁴²⁾, sondern auch dann, wenn der Partner diese Diskrepanz hätte kennen sollen ("....., es sei denn, dass der andere den Irrtum hätte kennen sollen"). Wenn aber der Partner des Erklärenden dessen tatsächlichen Willen hätte kennen sollen, dann muss auch nach dem Vertrauensprinzip die Erklärung im Sinne dieses Willens ausgelegt werden. Ist aber die Erklärung im Sinne des Willens des Erklärenden auszulegen, so ist ein Irrtum, d.h. eine Diskrepanz zwischen der ausgelegten Erklärung und dem Willen des Erklärenden von vornherein ausgeschlossen. Art. 26 Absatz 1 am Ende OR setzt daher zu Unrecht einen Erklärungsirrtum voraus.

Die Lehre des Vertrauensprinzip verkennt indessen, dass im Falle der Erkennbarkeit des tatsächlichen Willens eine Diskrepanz zwischen der ausgelegten Erklärung und dem Willen des Erklärenden, d.h. ein Erklärungsirrtum, ausgeschlossen ist. Würde sie jedoch im Falle der Erkennbarkeit des tatsächlichen Willens die Erklärung im Sinne des erkennbaren tatsächlichen Willens auslegen, so müsste sie in einem solchen Falle einen Erklärungsirrtum für ausgeschlossen halten.

Wird aber eine Erklärung nicht im Sinne des erkennbaren tatsächlichen Willens ausgelegt, so ist insoweit das Verständnis eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers unbegründeterweise unmassgeblich.

41) Vgl. vorn FN 27

42) Vorn S. 13 oben

2. Kapitel: Mangel hinsichtlich der bei der Anwendung des
Durchschnittsmaßstabs der Vernunft und der Kor-
rektheit zu berücksichtigende Umstände

Das Vertrauensprinzip stellt bei seiner Hypothese des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers ausschliesslich auf die für diesen erkennbaren Umstände ab. Zu den dem Erklärungsempfänger zurechenbaren Umständen gehören aber auch die von ihm tatsächlich erkannten Umstände, wie im Rahmen des Prinzips des Sichverständlich-machens näher dargetan werden wird⁴³⁾.

43) Hinten 50 (unten) f.

3. TEIL: DAS PRINZIP DES SICHERSTÄNDLICHMACHENS⁴⁴⁾ ALS WEITERENTWICKLUNG DES VERTRAUENSPRINZIPS

1. Abschnitt: Auslegung der Willenserklärungen nach dem Prinzip des Sicherverständlichmachens

1. Kapitel: Rechtsgrundlage des Prinzips des Sicherverständlich- machens

Wie Oftinger⁴⁵⁾ zutreffend feststellt, kann den beiden zunächst in Betracht fallenden Bestimmungen der Art. 1 Absatz 1 OR und Art. 18 OR zwar entnommen werden, worauf bei der Auslegung nicht abgestellt werden darf, nämlich nach Art. 1 Absatz 1 OR nicht auf den inneren Willen (Ausschluss des Willensprinzips), nach Art. 18 OR andererseits nicht auf den blossen Wortlaut eines Rechtsgeschäftes (Ausschluss des Erklärungsprinzips, der Buchstabeninterpretation). Positive Auslegungsregeln lassen sich indessen aus diesen beiden Vorschriften nicht herleiten⁴⁶⁾.

44) Das Prinzip des Sicherverständlichmachens ist von Keller entwickelt und in seinen im Literaturverzeichnis aufgeführten Veröffentlichungen (Keller I-IV) dargestellt worden.

Wenn Kramer (I, S. 92 FN 26) ohne Begründung behauptet, dass Egger "genau dasselbe" gesagt habe wie Keller, so verlässt er damit den Boden wissenschaftlicher Auseinandersetzungen:

Egger (s. Literaturverzeichnis) machte im Rahmen eines Rechtsgutachtens in einem viereinhalb Seiten umfassenden Abschnitt grundsätzliche Ausführungen zur Vertragsauslegung, die aber in der Hauptsache damals schon gesicherte Erkenntnisse wiedergaben, nämlich dass Treu und Glauben die oberste Richtlinie der Vertragsauslegung und dass der Vertrag aus dem Zweckgedanken auszulegen sei. Die weiteren Darlegungen Eggers sind zum mindesten umstritten: Eine Auslegung im Sinne der Vernünftigkeit der Erklärungen, wie sie Egger postuliert, widerspräche der Funktion der Auslegung, die der Feststellung dient, welcher Wille zum Ausdruck gekommen ist, und deshalb nicht richterliche Inhaltskontrolle sein darf (vorn S.2 unten / 3 oben); Egger erkennt insofern den Unterschied zwischen Methode und Ergebnis der Auslegung (Oftinger I 187 ff.; vorn FN 6; hinten S.61 unten). Ebenso ist der Auffassung Eggers, es sei die Individualität der beteiligten Personen zu berücksichtigen, entgegenzutreten. Als Massstab für die Feststellung, wie ein abstrakter Dritter an der Stelle einer Vertragspartei die Erklärung verstehen durfte und musste, können nur durchschnittliche Eigenschaften und Fähigkeiten in Betracht kommen (hinten S. 49).

45) I 190 unten/ 191 oben; 183

46) Vgl. auch Keller I 313

Dagegen kann, wie Keller⁴⁷⁾ näher dargetan hat, aus Art. 2 Absatz 1 ZGB das für die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge massgebliche Prinzip hergeleitet werden:

Durch Aufnahme des Begriffes "Treue" in dieser Vorschrift sei - so argumentiert Keller - eine soziale Beziehung zwischen den Individuen, namentlich den Kontrahenten, gesetzlich anerkannt und zur Richtschnur für deren Verhalten erhoben worden. So sei im Grundsatz von "Treu und Glauben" auch der Gedanke der Anerkennung der natürlichen Gegenseitigkeit, der gegenseitigen Verbundenheit in Rechtsverhältnissen unter Individuen, insbesondere auch beim Abschluss und bei der Erfüllung von Verträgen, zur Geltung gebracht worden. Demnach soll das Vertrauen der Vertragsparteien insofern geschützt werden, als dieses Vertrauen unter dem Gesichtswinkel der gegenseitigen Verbundenheit und Rücksichtnahme der Vertragsparteien berechtigt sei. Was im besonderen die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge anbelangt, so habe das unter dem Gesichtswinkel der gegenseitigen Verbundenheit und Rücksichtnahme der Kontrahenten berechnete Vertrauen als Kriterium der Auslegung zu gelten.

Unter dem Gesichtswinkel der gegenseitigen Verbundenheit und Rücksichtnahme der Kontrahenten erscheine aber das Vertrauen in denjenigen Sinn einer Erklärung als berechtigt, in dem sich der Erklärende gegenüber dem Partner verständlich gemacht habe. Somit erweise sich das Sichverständlichmachen des Erklärenden als das Kriterium des berechtigten Vertrauens. Daraus folge, dass die Erklärung einer Partei in dem Sinne auszulegen sei, in dem sie sich beim Vertragsabschluss gegenüber dem Partner verständlich gemacht habe.

Eine Partei kann sich nun - wie noch näher dargetan werden wird - in verschiedener Weise verständlich machen, keineswegs nur im Sinne des Vertrauensprinzips, d.h. in dem Sinne, wie ein vernünftiger und korrekter Partner ihre Erklärung verstehen durfte und musste.

47) Vorn FN S. 44

2. Kapitel: Arten des Sichverständlichmachens

§ 1. Tatsächliches Sichverständlichmachen

I. Wesen des tatsächlichen Sichverständlichmachens

Wenn sich eine Vertragspartei in dem Sinne geäußert hat, dass der Partner bei Vertragsabschluss ihren Willen erkannt hat, so hat sie sich dem Partner gegenüber verständlich gemacht. Diese Art eines Sichverständlichmachens wird tatsächliches Sichverständlichmachen genannt; denn es kommt hierbei auf einen rein tatsächlichen Vorgang an, nämlich auf das tatsächliche Erkennen des tatsächlichen Willens.

Dieses tatsächliche Sichverständlichmachen kann sich sowohl auf den inhaltlichen Willen als auch auf den Erklärungswillen⁴⁸⁾ beziehen.

Soweit der inhaltliche Wille in Betracht kommt, erhebt sich die Frage, auf welchen Willen es ankomme, wenn der Geschäftswille nicht übereinstimmt mit dem Willen, der auf den Inhalt der Erklärung gerichtet ist, dem sog. materiellen Erklärungswillen, der identisch ist mit dem tatsächlichen Verständnis des Erklärenden von seiner eigenen Erklärung⁴⁹⁾.

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob der Partner des Erklärenden diese Diskrepanz erkannt hat oder nicht:

Hat der Partner des Erklärenden diese Diskrepanz erkannt, so muss das Erkennen des Geschäftswillens massgebend sein; denn der Geschäftswille ist das, was die betreffende Partei im Grunde will, während der materielle Erklärungswille, der vom Geschäftswillen abweicht, lediglich das ist, was die betreffende Partei erklärt haben will.

48) Vorn S. 3 (unten) ff.

49) Dieser Begriff des materiellen Erklärungswillens stammt von Keller (II, 366 linke Spalte unten), dem die Erkenntnis, dass eine solche Diskrepanz vorkommen kann, zu verdanken ist, und der damit überhaupt erst die phänomenologische Erfassung gewisser Vorgänge bei der Entstehung von Willenserklärungen (Mentalreservation, Simulation und Drohung, die im Stadium nach der Bildung des Geschäftswillens auftreten können) ermöglicht hat (Keller II 366 linke Spalte und rechte Spalte Mitte).

Hat dagegen der Partner des Erklärenden nicht die Diskrepanz, aber wenigstens den Geschäftswillen erkannt, so ist selbstverständlich das Erkennen desselben massgebend. Hat er andererseits den materiellen Erklärungswillen erkannt, ohne dessen Abweichung vom Geschäftswillen zu erkennen, so ist ebenso selbstverständlich das Erkennen des materiellen Erklärungswillens massgebend.

Hat sich eine Partei im Sinne des tatsächlichen Erkennens des tatsächlichen Willens - des inhaltlichen oder des Erklärungswillens - verständlich gemacht, so ist ihre Erklärung in diesem Sinne auszulegen⁵⁰⁾.

II. Schema für das tatsächliche Sichverständlichmachen

Auslegung der Erklärung von A gegenüber B:

- Tatsächliches Erkennen des tatsächlichen Willens:

A will x

B erkennt x

- Ergebnis der Auslegung der Erklärung von A gegenüber B:

x

III. Beispiele für das tatsächliche Sichverständlichmachen

- 1) A möchte bei B für seinen 8 m² umfassenden Rasen den kleinsten Handrasenmäher kaufen, der im Katalog von B mit der Nummer 12 aufgeführt ist. Aus Unachtsamkeit schreibt er statt der Nummer 12 diejenige Nummer, mit welcher im Katalog ein grosser elektrischer Rasenmäher bezeichnet ist.

50) In ähnlichem Sinne: Flume I 417 f.; vgl. auch: BGE 105 II S. 19 unten/20 oben; Art. 7 Ziff. 1 des UNCITRAL-Entwurfs eines Uebereinkommens über internationale Warenkaufverträge, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Tübingen) 1979; 531

Als Nachbar von A weiss B, dass A für seinen winzigen Rasen den kleinsten Handrasenmäher zu kaufen beabsichtigt und dass er deshalb in der schriftlichen Bestellung den im Katalog mit der Nr. 12 versehenen kleinsten Handrasenmäher gemeint haben muss.

Nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens ist darauf abzustellen, dass B den tatsächlichen Willen von A tatsächlich erkannt hat, dass sich A mithin im Sinne dieses tatsächlich erkannten tatsächlichen Willens verständlich gemacht hat. Infolgedessen ist die Erklärung des A in diesem Sinne auszulegen.

- 2) Felix Biedermann ist morgen bei Rosa Elvira zum Nachtessen eingeladen. Er möchte ihr einen Blumenstrauss schicken lassen. In einem Blumengeschäft sieht er einen grossen Strauss rosaroter Röschen. "Diese Rosen werden Frl. Elvira sicher gefallen, und sie sind auch so diskret", denkt er. Auf dem Täfelchen, das an die Blumenvase gelehnt ist, steht versehentlich "Baccara-Rosen". Herr Biedermann, der die Baccara-Rosen nicht kennt, sagt zum Verkäufer, indem er mit einer unmissverständlichen Handbewegung auf den Strauss rosaroter Röschen hinweist: "Schicken Sie bitte gegen Abend des folgenden Tages 15 von diesen Baccara-Rosen an Frl. Elvira, Jungfernstieg 3". Obwohl der Verkäufer erkennt, dass der Käufer nicht Baccara-Rosen, sondern die kleinen rosaroten Rosen meint, schickt er Frl. Elvira 15 Baccara-Rosen, weil diese wesentlich teurer sind.

Die dunkelroten Rosen wecken bei Frl. Elvira falsche Vorstellungen und Gefühle, die Herrn Biedermann nicht verborgen bleiben. Erst als er die Rosen sieht, klärt sich für ihn das Missverständnis auf.

Am darauffolgenden Tag geht er ins Blumengeschäft, um zu fragen, weshalb nicht die bestellten rosaroten, sondern dunkelrote Rosen geschickt worden seien. Der Verkäufer gibt ihm zur Antwort: "Sie haben Baccara-Rosen bestellt, und solche habe ich auch schicken lassen".

Nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens ist massgeblich, dass der Verkäufer den tatsächlichen Willen des Käufers tatsächlich erkannt hat (tatsächliches Sichverständlichmachen). Die Erklärung des

Käufers ist somit im Sinne des vom Verkäufer tatsächlich erkannten tatsächlichen Willens des Käufers auszulegen.

- 3) Ein ungarisches Ehepaar betritt in Zürich ein Pelzgeschäft. Die Ehefrau soll einen Pelzmantel geschenkt bekommen. Während sich der Verkäufer mit einem anderen Kunden beschäftigt, probiert die Ehefrau mehrere Mäntel: einen Persianermantel, einen Seehund- und einen Kaninchenfellmantel. Im Augenblick, in dem sich der Verkäufer wiederum dem ungarischen Ehepaar zuwendet, erklärt die Ehefrau ihrem Mann auf Ungarisch, dass sie sich für den Kaninchenfellmantel entschieden habe, der ihr schon wegen des weichen, braunen Felles am besten gefalle. Der Ehemann antwortet - ebenfalls auf Ungarisch -, dass er ihr selbstverständlich den Kaninchenfellmantel kaufen wolle, wenn ihr dieser am besten gefalle, obwohl er ihr eigentlich lieber einen vornehmeren Mantel geschenkt hätte. Der Verkäufer versteht die ungarische Sprache so gut, dass er den Willen des Ehemannes, einen Kaninchenfellmantel zu kaufen, erkennt. In etwas gebrochenem Deutsch sagt aber der Ehemann dem Verkäufer: "Wir haben uns für den Persianermantel entschlossen; schicken Sie uns den Mantel mit der Rechnung".

Auf Grund der Auslegung nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens ist, trotz der an sich eindeutig anders lautenden Erklärung des Ehemannes, der Kaninchenfellmantel Auslegungsergebnis; denn es liegt der Tatbestand des tatsächlichen Erkennens des tatsächlichen Willens durch den Partner vor (tatsächliches Sichverständlichmachen).

IV. Mittel zur Feststellung des tatsächlichen Sichverständlichmachens

A. Grundsätze

Als Mittel zur Feststellung des tatsächlichen Sichverständlichmachens, d.h. sowohl des tatsächlichen Willens einer Vertragspartei als auch des tatsächlichen Erkennens dieses Willens durch den Partner, kommen vor allem

Aeusserungen in Betracht, welche die betreffende Partei gegenüber der anderen oder gegenüber einem Dritten getan hat, sei es schriftlich, sei es mündlich. Aber auch Handlungen einer Partei können für sich allein oder wenigstens zusammen mit anderen Momenten den Schluss auf einen tatsächlichen Willen oder auf ein tatsächliches Erkennen zulassen.

Für alle in Frage kommenden Mittel zur Feststellung des tatsächlichen Sichverständlichmachens gilt, dass sie nicht in die Zeit vor oder bei Abschluss des Vertrages zu fallen brauchen. Auch Aeusserungen, die nach Vertragsabschluss getan worden sind, oder nachträgliche Handlungen erlauben unter Umständen die Feststellung, welchen Willen eine Partei bei Vertragsabschluss tatsächlich hatte, oder die Feststellung, dass der Partner diesen Willen bei Vertragsabschluss tatsächlich erkannt hat⁵¹⁾.

B. Beispiele von Verhalten als Mittel zur Feststellung des tatsächlichen Sichverständlichmachens

1. Beispiel für Verhalten vor Vertragsabschluss⁵²⁾

Ein Industrieunternehmen hatte mit einigen Ortsgemeinden als einer einheitlichen Vertragspartei einen Pachtvertrag abgeschlossen. In diesem Vertrag wurde auch ein Vorkaufs- und ein bedingtes Kaufsrecht zugunsten des Industrieunternehmens vereinbart. In dieser Vereinbarung wurde insbesondere festgelegt, dass, wenn die Ortsgemeinden mindestens die "Hälfte des verpachteten Landes" an das Industrieunternehmen verkauft haben, diesem am Rest des Landes ein Kaufsrecht zustehe.

Die Vertragsparteien stritten nun darüber, ob die Bedingung für die Ausübung des Kaufsrechtes erfüllt sei, ob nämlich unter "Hälfte des

51) Vgl. BGE 100 II 348; 99 II 307; 40 II 416; 40 II 393.
Anders verhält es sich bei den Mitteln zur Feststellung des hypothetischen Verständnisses einer Vertragspartei bei Vertragsabschluss: darüber hinten S. 58.

52) Das nachfolgende Beispiel ist einem Rechtsgutachten entnommen und in vereinfachter Form wiedergegeben.

verpachteten Landes" die Hälfte des gesamten, von allen Ortsgemeinden zusammen verpachteten Landes zu verstehen sei oder aber die Hälfte desjenigen Landes, welches die betreffende Ortsgemeinde, gegenüber welcher das Kaufrecht ausgeübt werden wollte, verpachtet hatte.

Aus zahlreichen Vertragsentwürfen, Verhandlungsprotokollen und Korrespondenzen ergab sich mit aller nur denkbaren Klarheit und Deutlichkeit, dass beide Vertragsparteien unter "Hälfte des verpachteten Landes" die Hälfte des gesamten verpachteten Landes verstanden, dass sie sich also in diesem Sinne tatsächlich verständlich gemacht hatten.

2. Beispiel für Verhalten vor und nach Vertragsabschluss

Der Weinhändler A offeriert dem Kunden B mehrere Sorten Walliser Wein. B möchte daraufhin zwei Cartons Fendant à je 12 Flaschen bestellen. Aus Versehen erklärt er jedoch am Telefon: "Schicken Sie mir zwei Flaschen Fendant". Der Weinhändler realisiert nicht, dass B statt "Cartons", auf die frühere Bestellungen immer gelaute haben, "Flaschen" sagt. Vielmehr nimmt er ohne weiteres an, dass B auch diesmal Cartons geliefert haben möchte. In einem Bestätigungsschreiben dankt der Weinhändler für die Bestellung von zwei Cartons Fendant.

B, der von der Qualität der Lieferung enttäuscht ist, möchte sich auf seine im Wortlaut auf zwei Flaschen lautende Bestellung berufen, für welche er seine Sekretärin als Zeugin anruft, die ihn nach der telephonischen Bestellung auf seinen lapsus linguae aufmerksam gemacht hatte, den er aber richtigzustellen vergass. Der Weinhändler seinerseits beruft sich darauf, dass B mit Sicherheit zwei Cartons gewollt und dass er - der Weinhändler - diesen Willen auch erkannt habe.

Zur Feststellung, ob der Tatbestand des tatsächlichen Sichverständlich-machens erfüllt sei, dienen dem Richter sowohl der Umstand, dass B in früheren Bestellungen durchwegs "Cartons" geliefert haben wollte, als auch das Bestätigungsschreiben: Jener Umstand zur Feststellung des tatsächlichen Willens des B, dieses Bestätigungsschreiben zur Feststellung des tatsächlichen Erkennens dieses Willens durch A.

3. Beispiel für Verhalten bei und nach Vertragsabschluss

Ein Kunstmaler, ein Franzose, kauft mit seinem Freund in Zürich Oelfarben ein. Der Verkäufer des Geschäftes Y gibt ihm die Farbtabelle, auf welcher jede Farbe mit einer Nummer angeschrieben ist. Der Kunstmaler stellt mit Freude fest, dass auf der Tabelle das Berliner Blau, das er gerade braucht, aufgeführt ist. Er bemerkt zu seinem Freund: "Quel bonheur, que j'ai trouvé le bleu de Prusse". Der Verkäufer hört diese Bemerkung und versteht sie auch ohne weiteres, weil das Berliner Blau häufig auch als Preussisch Blau bezeichnet wird.

Während der Kunstmaler dem Verkäufer die Farbtabelle zurückgibt, verlangt er, indem er die Nummern verwechselt, drei grosse Tuben von Nummer 23, welche nicht das Berliner Blau, sondern das Himmelblau bezeichnet.

Da der Kunstmaler noch zehn Meter Leinwand benötigt, lässt er sich die Farben zusammen mit der Leinwand ins Hotel schicken, unter Hinweis darauf, dass er am Vormittag des übernächsten Tages weiterreise.

Als der Verkäufer die Farben einpacken will, stellt er fest, dass das Berliner Blau ausgegangen ist. Mit Schrecken kommt ihm in den Sinn, dass sein Chef ihn schon vor Wochen ermahnt hatte, diese Farbe nachzubestellen. Deshalb fragt er einen Kollegen an, ob er ihm heute noch drei Tuben Berliner Blau beschaffen könne. Als der Kollege verneint, sagt sich der Verkäufer, dass er dem Kunstmaler eigentlich das Himmelblau liefern und dass er sich dem Kunstmaler gegenüber allenfalls darauf berufen könne, dass dieser drei Tuben von Nummer 23 bestellt habe.

Am Abend des gleichen Tages ruft der Kunstmaler das Geschäft Y an und bittet den am Telephon anwesenden Inhaber des Geschäftes, ausser dem Berliner Blau, das er heute schon gekauft habe, noch drei Tuben Himmelblau der Sendung beizulegen.

Zur Feststellung, ob der Tatbestand des tatsächlichen Sichverständlichmachens erfüllt sei, können dem Richter verschiedene Verhaltensweisen bei und nach Vertragsabschluss dienen, sofern sie nachweisbar sind: die Bemerkung des Kunstmalers gegenüber seinem Freund sowie seine Äusserung gegenüber dem Inhaber des Geschäftes Y zur Feststellung des tatsächlichen

Willens des Kunstmalers, die Anfrage des Verkäufers bei einem Kollegen zur Feststellung seines tatsächlichen Erkennens des tatsächlichen Willens des Kunstmalers.

§ 2. Hypothetisches Sichverständlichmachen

I. Vorrang des tatsächlichen Sichverständlichmachens gegenüber dem hypothetischen Sichverständlichmachen

Eine Vertragspartei macht sich gegenüber dem Partner in idealster Weise dann verständlich, wenn der Partner ihren Willen erkennt. Aus diesem Grunde muss immer primär darauf abgestellt werden, ob der Partner den Willen des Erklärenden erkannt habe (tatsächliches Sichverständlichmachen). Und erst dann, wenn sich ein solches Erkennen nicht feststellen lässt, ist zu prüfen, ob zwischen dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger in anderer Weise, wenigstens auf Grund eines hypothetischen Verständnisses der einen oder der anderen Vertragspartei oder der beiden Vertragsparteien, Uebereinstimmung bestehe (hypothetisches Sichverständlichmachen)⁵³⁾.

II. Bedeutung des tatsächlichen Willens des Erklärenden oder des tatsächlichen Verständnisses des Erklärungsempfängers im Rahmen des hypothetischen Sichverständlichmachens

Das hypothetische Sichverständlichmachen bedeutet ebenfalls Uebereinstimmung zwischen dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger, zwar

53) Zur Begründung des Vorrangs des tatsächlichen Verständnisses gegenüber dem hypothetischen Verständnis vgl. auch S. 47, 72 oben, 74 oben, 77 Mitte; vgl. auch BGE 105 II S. 19 unten / 20 oben; Art. 7 Ziff. 1 und 2 des UNCITRAL-Entwurfes eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Tübingen) 1979, 531.

nicht in tatsächlichem, jedoch in einem hypothetischen Sinne. Das will aber nicht heissen, dass ein hypothetisches Sichverständlichmachen Uebereinstimmung bedeuten müsse zwischen der Hypothese, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärender die Erklärung verstehen durfte und musste, und der Hypothese, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen durfte und musste. Vielmehr liegt ein hypothetisches Sichverständlichmachen auch schon dann vor, wenn die Hypothese auf seiten der einen Vertragspartei mit dem tatsächlichen Verständnis der anderen Vertragspartei übereinstimmt.

III. Grundzüge des hypothetischen Sichverständlichmachens

A. Arten des hypothetischen Sichverständlichmachens

1. Uebereinstimmung des hypothetischen Verständnisses der einen Partei mit dem tatsächlichen Verständnis der anderen Partei

a. Hypothetisches Erkennen des tatsächlichen Willens

aa. Wesen des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens

Vorausgesetzt wird hier, dass der Partner des Erklärenden dessen Willen nicht erkennt⁵⁴⁾, dass sich der Erklärende somit nicht in tatsächlichem Sinne verständlich gemacht hat. Der Erklärende hat sich jedoch so geäussert, dass ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger bei Vertragsabschluss unter den erkannten oder erkennbaren Umständen⁵⁵⁾ den

54) Es genügt freilich, dass sich das Erkennen des tatsächlichen Willens nicht feststellen lässt.

55) Zum Kreis der zu berücksichtigenden Umstände: hinten S. 50 ff.

Willen⁵⁶⁾ des Erklärenden bei Vertragsabschluss erkennen musste. In diesem Falle spricht die Theorie des Sichverständlichmachens von einem hypothetischen Erkennen des tatsächlichen Willens.

Der Erklärende hat sich in einem solchen Falle im Sinne seines tatsächlichen Willens verständlich gemacht, zwar nicht in tatsächlichem, jedoch in einem hypothetischen Sinne. Die Erklärung ist infolgedessen im Sinne des tatsächlichen Willens des Erklärenden auszulegen.

bb. Schema

Auslegung der Erklärung von A gegenüber B:

- Kein tatsächliches Erkennen des tatsächlichen Willens:

A will x

B erkennt nicht x

- Aber: Hypothetisches Erkennen des tatsächlichen Willens:

A will x

B muss x erkennen

- Ergebnis der Auslegung der Erklärung von A gegenüber B:

x

cc. Beispiel

Herr Sparsam bringt seinen Wagen, der auf der Kühlerhaube mehrere Kratzer aufweist, in eine Garage. Er möchte lediglich diese Kratzer überspritzen lassen und sagt zum Garagisten: "Überspritzen Sie mir bitte diese Kratzer". Der Garagist, der durch eine attraktive Kundin abgelenkt wird, versteht die Erklärung so, dass Herr Sparsam den ganzen Wagen spritzen lassen wolle. Der Garagist erkennt somit den tatsächlichen Willen des Kunden nicht. Daher liegt nicht der Tatbestand des tatsächlichen

⁵⁶⁾ In Frage kommen sowohl der inhaltliche Wille als auch der Erklärungs-
wille. Mit Bezug auf den inhaltlichen Willen (Massgeblichkeit des
Geschäftswillens oder des materiellen Erklärungswillens) gelten die
Grundsätze, wie sie für das tatsächlich Erkennen des tatsächlichen
Willens dargelegt worden sind (vorn S. 23) entsprechen.

Erkennens des tatsächlichen Willens vor. Der Garagist hätte indessen als vernünftige und korrekte Vertragspartei die Erklärung des Kunden im Sinne des tatsächlichen Willens des Kunden verstehen, diesen Willen mithin erkennen müssen. Somit liegt der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens vor. Die Erklärung des Kunden ist infolgedessen im Sinne des tatsächlichen Willens des Erklärenden auszulegen.

b. Tatsächliches Erkennen des hypothetischen Willens

aa. Im allgemeinen

aaa. Wesen des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens

Vorausgesetzt wird hier wiederum, dass der Erklärungsempfänger den tatsächlichen Willen des Erklärenden nicht erkennt. Der Erklärende hat sich somit nicht in tatsächlichem Sinne verständlich gemacht. Er hat sich aber auch nicht so geäußert, dass ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger bei Vertragsabschluss den tatsächlichen Willen des Erklärenden erkennen musste. Es liegt somit auch nicht der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens vor.

Der Erklärende hat sich indessen in anderer Weise hypothetisch verständlich gemacht:

Der Erklärungsempfänger hat nämlich bei Vertragsabschluss unter der Erklärung tatsächlich das verstanden, was ein vernünftiger und korrekter Erklärender auf Grund der von ihm erkannten⁵⁷⁾ oder der erkennbaren⁵⁸⁾ Umstände unter seiner eigenen Erklärung verstehen durfte und musste. Der Erklärungsempfänger hat mithin bei Vertragsabschluss erkannt, welche Bedeutung ein vernünftiger und korrekter Erklärender der Erklärung beimessen durfte und musste. Der Erklärungsempfänger hat daher denjenigen

57) Hinten S. 50 (unten) f.

58) Hinten S. 51 (unten)

Willen⁵⁹⁾ des Erklärenden erkannt, der unter Zugrundelegung einer vernünftigen und korrekten Ausdrucksweise sowie der vom Erklärenden erkannten oder der erkennbaren Umstände der Erklärung entspricht. Der Erklärungsempfänger hat also den der Erklärung entsprechenden hypothetischen Willen des Erklärenden erkannt. Infolgedessen ist die Erklärung im Sinne dieses tatsächlich erkannten hypothetischen Willens auszulegen.

bbb. Schema

Auslegung der Erklärung von A gegenüber B:

- Kein tatsächliches Erkennen des tatsächlichen Willens:

A will x

B erkennt nicht x

- Kein hypothetisches Erkennen des tatsächlichen Willens:

A will x

B muss nicht x erkennen

- Aber: Tatsächliches Erkennen des hypothetischen Willens:

A darf und muss y verstehen

B erkennt y

- Ergebnis der Auslegung der Erklärung von A gegenüber B:

y

ccc. Beispiel

Herr Sparsam möchte lediglich die Kratzer seines Autos überspritzen lassen. In der Eile sagt er aber zum Garagisten: "Ich möchte meinen Wagen spritzen lassen". Der Garagist versteht diese Erklärung in dem Sinne, dass der ganze Wagen überspritzt werden soll. Sein tatsächliches Verständnis deckt sich also nicht mit dem tatsächlichen Willen des Kunden. Es liegt

59) Eine Diskrepanz zwischen dem Geschäftswillen und dem materiellen Erklärungswillen (vorn S. 23) ist bei dieser Hypothese ausgeschlossen; denn zur Feststellung sowohl des hypothetischen Geschäftswillens als auch des hypothetischen materiellen Erklärungswillens dienen dieselben Kriterien, nämlich die Vernunft und die Korrektheit.

somit zunächst einmal nicht der Tatbestand des tatsächlichen Erkennens des tatsächlichen Willens vor. Der Garagist hat den tatsächlichen Willen des Kunden aber auch nicht erkennen müssen. Mithin ist auch der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens nicht erfüllt. Dagegen deckt sich das tatsächliche Verständnis des Garagisten mit dem Sinn, den der Kunde selbst als vernünftige und korrekte Vertragspartei seiner Erklärung beilegen durfte und musste. Dieser Sinn, den der Kunde selbst seiner Erklärung beimessen durfte und musste, entspricht nicht seinem tatsächlichen Willen, sondern einem hypothetischen Willen. Daher liegt der Tatbestand des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens vor. In diesem Sinne ist die Erklärung auszulegen.

bb. Besonderheit des tatsächlichen Erkennens einer Abweichung des tatsächlichen Willens vom hypothetischen Willen ohne tatsächliches Erkennen des tatsächlichen Willens

aaa. Tatbestand

Eine Besonderheit des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens kann darin bestehen, dass der Erklärungsempfänger gleichzeitig erkennt, dass der tatsächliche Wille des Erklärenden von dessen hypothetischem Willen abweicht, ohne aber den tatsächlichen Willen des Erklärenden zu erkennen⁶⁰⁾. Dabei ist es möglich, dass der Erklärungsempfänger einen bestimmten, vom hypothetischen Willen des Erklärenden abweichenden tatsächlichen Willen oder überhaupt keinen bestimmten tatsächlichen Willen annimmt.

bbb. Beispiel

A möchte für seinen 8 m² umfassenden Rasen einen kleinen Handrasenmäher, der in einem Katalog von B mit der Nummer 12 bezeichnet ist, bestellen. Aus Unachtsamkeit schreibt er statt der Katalognummer 12 diejenige für einen grossen elektrischen Rasenmäher.

60) Im Falle des tatsächlichen Erkennens des tatsächlichen Willens hätte sich der Erklärende in tatsächlichen Sinne verständlich gemacht (vorn S. 23).

B weiss zufällig, dass A für seinen winzigen Rasen einen kleinen Handrasenmäher kaufen will, ohne dass aber A von diesem Wissen von B Kenntnis hat noch haben kann. Im Katalog von B werden jedoch zahlreiche kleine Handrasenmäher angeboten.

Daraus folgt einmal, dass B weder erkennt noch als vernünftige und korrekte Vertragspartei erkennen kann, dass A den mit Nr. 12 bezeichneten Handrasenmäher kaufen will. A hat sich somit B gegenüber nicht in tatsächlichem Sinne verständlich gemacht. Ebenso wenig liegt aber der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens vor.

Indessen erkennt B den Sinn, den ein vernünftiger und korrekter Partner der Bestellung entnehmen muss. Aus diesem Grunde ist an und für sich der Tatbestand des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens erfüllt. Nun erkennt aber B gleichzeitig, dass A für seinen winzigen Rasen einen kleinen Handrasenmäher kaufen will. B erkennt also, dass der tatsächliche Wille des A nicht mit dessen hypothetischem Willen übereinstimmt. Dabei nimmt er aber - mit Rücksicht auf die zahlreichen im Katalog aufgeführten kleinen Handrasenmäher - keinen bestimmten tatsächlichen Willen des A an.

Es erhebt sich die Frage, ob das tatsächliche Erkennen des hypothetischen Willens trotz des gleichzeitigen Erkennens einer Abweichung des tatsächlichen Willens vom hypothetischen Willen massgebend ist.

ccc. Rechtswirkung

aaaa. Kein Sichverständlich-
machen im Sinne
des tatsächlichen
Erkennens des hypothe-
tischen Willens

Die Antwort auf die Frage, ob das tatsächliche Erkennen des hypothetischen Willens trotz des gleichzeitigen Erkennens einer Abweichung des tatsächlichen Willens vom hypothetischen Willen massgebend sei, lässt sich aus dem allgemeinen, auf Art. 2 Absatz 1 ZGB beruhenden Grundsatz herleiten, dass nur das unter dem Gesichtswinkel der gegenseitigen Verbundenheit und Rücksichtnahme der Kontrahenten berechnete Vertrauen zu schützen ist:

Der Erklärungsempfänger, der tatsächlich erkennt, dass der tatsächliche

Wille des Erklärenden von dessen hypothetischem Willen abweicht, darf unter dem Gesichtspunkt der gegenseitigen Verbundenheit und Rücksichtnahme der Kontrahenten nicht auf die dem hypothetischen Willen entsprechende Bedeutung der Erklärung vertrauen. Der Erklärende hat sich mithin nicht im Sinne des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens verständlich gemacht. Infolgedessen darf die Erklärung nicht im Sinne des hypothetischen Willens des Erklärenden ausgelegt werden.

bbbb. Kein Sichverständlich-
machen schlechthin

Unter den genannten Voraussetzungen hat sich der Erklärende überhaupt nicht verständlich gemacht:

Das tatsächliche Erkennen des hypothetischen Willens wird überhaupt erst geprüft, nachdem festgestellt ist, dass der Erklärende sich weder in tatsächlichem Sinne noch im Sinne des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens verständlich gemacht hat; denn diese beiden Arten des Sichverständlichmachens haben den Vorrang⁶¹⁾. Hat sich der Erklärende aber auch nicht im Sinne des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens verständlich gemacht, wie eben festgestellt worden ist, so kann er sich ebensowenig im Sinne des hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens verständlich gemacht haben; denn der Erklärungsempfänger, der erkennt, dass der tatsächliche Wille des Erklärenden von dessen hypothetischem Willen abweicht, darf unter dem Gesichtspunkt der gegenseitigen Verbundenheit und Rücksichtnahme der Kontrahenten nicht auf die dem hypothetischen Willen entsprechende Bedeutung vertrauen, gleichgültig, ob er diesen Willen erkannt hat oder hat erkennen müssen.

c. Vorrang des hypothetischen Erkennens
des tatsächlichen Willens gegenüber
dem tatsächlichen Erkennen des hypo-
thetischen Willens

61) Vorn S. 30 (für das tatsächliche Sichverständlichmachen); hinten S. 38 ff. (für das hypothetische Erkennen des tatsächlichen Willens)

aa. Tatbestand des gleichzeitigen Vorhandenseins des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens und des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens

aaa. Schema

Auslegung der Erklärung von A gegenüber B

- Hypothetisches Erkennen des tatsächlichen Willens:

A will x

B muss x erkennen

- Tatsächliches Erkennen des hypothetischen Willens:

A muss y verstehen

B erkennt y

bbb. Schematischer Fall

Ein Elsässer offeriert einem Schweizer eine Ware zum Preise von 10'000 "Franken".

Bei der Auslegung dieser Offerte des Elsässers kann sich ergeben, dass sowohl der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens als auch derjenige des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens erfüllt sind. Dies trifft zu, wenn folgendes vorausgesetzt wird:

Der Wille des Elsässers ist auf französische Franken gerichtet. Auf Grund der von ihm erkannten und für ihn erkennbaren Umstände hätte jedoch ein vernünftiger und korrekter Erklärender unter seiner eigenen Erklärung Schweizer Franken verstehen müssen. Der Schweizer versteht unter "Franken" Schweizer Franken. Ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger musste aber auf Grund der von ihm erkannten und für ihn erkennbaren Umstände französische Franken verstehen⁶²⁾.

Ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger hätte somit den tatsächlichen Willen des Elsässers erkennen müssen (hypothetisches Erkennen des tatsächlichen Willens). Gleichzeitig hat der Schweizer aber

62) Ueber die Möglichkeit einer Nichtübereinstimmung der beiden Hypothesen des Erklärenden und des Erklärungsempfängers: hinten S. 45 (unten) f.

unter der Erklärung des Elsässers das verstanden, was ein vernünftiger und korrekter Erklärender unter seiner eigenen Erklärung verstehen musste (tatsächliches Erkennen des hypothetischen Willens).

ccc. Beispiel

Frl. Hausheer ist von ihrem Freund für den am 5. August in Thun stattfindenden Offiziersball eingeladen. Sie möchte sich für diesen Anlass ein Ballkleid nähen lassen. Bei der Schneiderin vermag sich Frl. Hausheer nicht mehr an das genaue Datum des Balles zu erinnern. Da sie aber noch zu wissen glaubt, dass der Ball ganz sicher nicht vor dem 12. August stattfindet, bittet sie die Schneiderin mit Nachdruck, das Kleid bis spätestens 12. August fertigzustellen, unter Hinweis darauf, dass sie das Kleid für einen Offiziersball in Thun benötige.

Da der Verlobte der Schneiderin ein Dienstkamerad des Freundes von Frl. Hausheer ist, weiss zwar die Schneiderin, um welchen Offiziersball es sich handelt, und dass er am 5. August stattfindet. Doch stellt sie nicht die Ueberlegung an, Frl. Hausheer müsse deshalb das Kleid spätestens am 5. August erhalten wollen, und richtet sich deshalb auf den 12. August ein.

Die Schneiderin hat somit den tatsächlichen Willen von Frl. Hausheer, das Kleid spätestens am 5. August zu erhalten, nicht erkannt. Es liegt kein tatsächliches Sichverständlichmachen vor. Ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger hätte aber auf Grund der ihm bekannten Umstände erkennen müssen, dass Frl. Hausheer das Kleid auf den 5. und nicht auf den 12. August genäht haben wollte. Somit liegt der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens vor. Gleichzeitig ist aber auch der Tatbestand des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens erfüllt; denn die Schneiderin hat das verstanden, was ein vernünftiger und korrekter Erklärender unter seiner eigenen Erklärung verstehen musste.

bb. Problem

Vorausgesetzt, dass der Tatbestand des tatsächlichen Erkennens des tatsächlichen Willens nicht erfüllt ist, können das hypothetische Erkennen des

tatsächlichen Willens und das tatsächliche Erkennen des hypothetischen Willens nicht übereinstimmen; denn zwischen dem tatsächlichen Willen und dem hypothetischen Willen des Erklärenden besteht notwendig eine Diskrepanz⁶³⁾. Daraus ergibt sich das Problem, worauf bei gleichzeitigem Vorhandensein des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens und des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens abzustellen sei.

cc. Lösung

Die Lösung dieses Problems ergibt sich ohne weiteres aus der Erwägung, dass der tatsächliche Wille des Erklärenden berücksichtigt werden soll, wann immer sich die: unter dem Gesichtspunkt der gegenseitigen Verbundenheit und Rücksichtnahme der Kontrahenten rechtfertigen lässt. Unter diesem Gesichtswinkel ist es aber gerechtfertigt, den tatsächlichen Willen des Erklärenden insofern zu berücksichtigen, als dieser Wille für den Partner wenigstens erkennbar ist. Das bedeutet, dass das hypothetische Erkennen des tatsächlichen Willens gegenüber dem tatsächlichen Erkennen des hypothetischen Willens den Vorrang haben muss.

Falls der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens erfüllt ist, erübrigt sich mithin die weitere Feststellung, ob die Voraussetzungen des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens erfüllt seien.

63) Ebenso notwendig besteht natürlich eine Diskrepanz zwischen dem tatsächlichen und dem hypothetischen Erkennen des Erklärungsempfängers wie auch zwischen dem hypothetischen Willen des Erklärenden und dem hypothetischen Erkennen des Erklärungsempfängers. Dieses Auseinanderfallen der beiden Hypothesen setzt voraus, dass die vom Erklärenden erkannten und für ihn erkennbaren Umstände mit den vom Erklärungsempfänger erkannten und für ihn erkennbaren Umstände nicht übereinstimmen (vorn S. 15 ff.; hinten S. 46 oben).

2. Uebereinstimmung zwischen dem hypothetischen Verständnis der einen Partei mit dem hypothetischen Verständnis der anderen Partei.

a. Im allgemeinen

aa. Wesen des hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens

Hier wird zunächst wiederum vorausgesetzt, dass der tatsächliche Wille des Erklärenden vom Partner nicht erkannt wird. Der Erklärende hat sich somit nicht in tatsächlichem Sinne verständlich gemacht. Er hat sich aber auch nicht so geäußert, dass ein vernünftiger und korrekter Partner bei Vertragsabschluss seinen tatsächlichen Willen erkennen musste. Es liegt somit auch nicht der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens vor. Ebenso wenig hat der Erklärungsempfänger erkannt, welche Bedeutung ein vernünftiger und korrekter Erklärender selbst bei Vertragsabschluss seiner Erklärung beimessen durfte und musste. Der Erklärungsempfänger hat somit auch nicht den hypothetischen Willen des Erklärenden erkannt.

Dagegen durfte und musste ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger bei Vertragsabschluss auf Grund der von ihm erkannten oder der erkennbaren Umstände unter der Erklärung das verstehen, was ein vernünftiger und korrekter Erklärender bei Vertragsabschluss auf Grund der von ihm erkannten oder der erkennbaren Umstände unter der Erklärung verstehen durfte und musste, d.h. den der Erklärung entsprechenden hypothetischen Willen des Erklärenden. Somit liegt der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens vor.

bb. SchemaAuslegung der Erklärung von A gegenüber B:

- Kein tatsächliches Erkennen des tatsächlichen Willens:

A will x

B erkennt nicht x

- Kein hypothetisches Erkennen des tatsächlichen Willens:

A will x

B muss nicht x erkennen

- Kein tatsächliches Erkennen des hypothetischen Willens:

A darf und muss y verstehen

B erkennt nicht y

- Aber: Hypothetisches Erkennen des hypothetischen Willens:

A darf und muss y verstehen

B muss y erkennen

- Ergebnis der Auslegung der Erklärung von A gegenüber B:

y

cc. Beispiel

Herr Sparsam bringt seinen durch Kratzer beschädigten Wagen in eine Garage. Er möchte lediglich die Kratzer überspritzen lassen. In der Eile sagt er zum Garagisten: "Ich möchte den Wagen spritzen lassen". Der Garagist versteht infolge einer Verwechslung mit einem andern Kunden, mit dem er gleichzeitig im Gespräch ist, die Erklärung so, dass Herr Sparsam den Wagen waschen lassen wolle.

Der Garagist hat zunächst einmal nicht den tatsächlichen Willen des Kunden erkannt. Der Kunde hat sich somit nicht in tatsächlichem Sinne verständlich gemacht. Ein vernünftiger und korrekter Garagist musste aber die Erklärung des Kunden auch nicht im Sinne des tatsächlichen Willens des Kunden verstehen. Es liegt somit auch nicht der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens vor. Schliesslich hat der Garagist auch nicht erkannt, was ein vernünftiger und korrekter Kunde

selbst unter seiner Erklärung verstehen durfte und musste, mithin auch nicht den hypothetischen Willen des Kunden.

Dagegen durfte und musste ein vernünftiger und korrekter Garagist unter der Erklärung das verstehen, was ein vernünftiger und korrekter Kunde unter seiner eigenen Erklärung verstehen durfte und musste, nämlich das Spritzen des ganzen Wagens. Im Sinne dieses hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens ist die Erklärung des Kunden auszulegen.

b. Besonderheit des hypothetischen Erkennens einer Abweichung des tatsächlichen Willens vom hypothetischen Willen ohne hypothetisches Erkennen des tatsächlichen Willens

aa. Tatbestand

Eine Besonderheit des hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens kann darin bestehen, dass der Erklärungsempfänger gleichzeitig erkennen muss, dass der tatsächliche Wille des Erklärenden von dessen hypothetischem Willen abweicht, ohne aber den tatsächlichen Willen des Erklärenden erkennen zu müssen. Dabei ist es möglich, dass der Erklärungsempfänger einen bestimmten, vom hypothetischen Willen des Erklärenden abweichenden tatsächlichen Willen oder überhaupt keinen bestimmten tatsächlichen Willen annehmen muss.

bb. Beispiel

A möchte für seinen 8 m² umfassenden Rasen einen kleinen Handrasenmäher, der in einem Katalog von B mit der Nummer 12 bezeichnet ist, bestellen. Aus Unachtsamkeit schreibt er statt der Katalognummer 12 diejenige für einen grossen elektrischen Rasenmäher.

B liest Nr. 21, die einen mittelgrossen elektrischen Rasenmäher betrifft. Ferner steht fest, dass B nicht weiss, dass A für seinen winzigen Rasen einen kleinen Handrasenmäher kaufen will, dass er dies indessen auf Grund der ihm bekannten und der erkennbaren Umstände wissen sollte, wobei A von diesem Wissen von B weder Kenntnis hat noch haben kann. Im Katalog

von B werden allerdings zahlreiche kleine Handrasenmäher angeboten. Daraus folgt einmal, dass weder B erkennt noch dass ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger erkennen kann, dass A den mit Nr. 12 bezeichneten Handrasenmäher kaufen will. A hat sich somit gegenüber B nicht in tatsächlichem Sinne verständlich gemacht. Ebenso wenig liegt aber der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens vor. Schliesslich erkennt B, da er sich verliert, auch nicht den Sinn, den ein vernünftiger und korrekter Erklärender seiner Bestellung entnehmen muss. Dagegen sollte ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger den Sinn erkennen, den ein vernünftiger und korrekter Erklärender seiner Bestellung entnehmen muss. Darum ist an und für sich der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens erfüllt. Nun muss aber ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger gleichzeitig erkennen, dass A für seinen winzigen Rasen nicht einen grossen elektrischen Rasenmäher, sondern einen kleinen Handrasenmäher kaufen will. Der Erklärungsempfänger muss also erkennen, dass der tatsächliche Wille von A nicht mit dessen hypothetischem Willen übereinstimmt. Dabei muss er aber - mit Rücksicht auf die zahlreichen im Katalog aufgeführten kleinen Handrasenmäher - keinen bestimmten tatsächlichen Willen von A annehmen.

Es erhebt sich die Frage, ob das hypothetische Erkennen des hypothetischen Willens trotz des gleichzeitigen Erkennenmüssens einer Abweichung des tatsächlichen Willens vom hypothetischen Willen massgebend sei.

cc. Rechtswirkungen

<u>aaa.</u>	<u>Kein Sichverständlich-</u> <u>machen im Sinne des</u> <u>hypothetischen Erkennens</u> <u>des hypothetischen</u> <u>Willens</u>
-------------	---

Die Frage, ob das hypothetische Erkennen des hypothetischen Willens trotz des gleichzeitigen Erkennenmüssens einer Abweichung des tatsächlichen Willens vom hypothetischen Willen massgebend sei, lässt sich wiederum aus dem Grundsatz herleiten, dass nur das unter dem Gesichtswinkel der gegenseitigen Verbundenheit und Rücksichtnahme der Kontrahenten berechnete Vertrauen zu schützen ist:

Der Erklärungsempfänger, der nicht nur den hypothetischen Willen des Erklärenden, sondern gleichzeitig erkennen muss, dass der tatsächliche Wille des Erklärenden von dessen hypothetischem Willen abweicht, darf unter dem Gesichtspunkt der gegenseitigen Verbundenheit und Rücksichtnahme der Kontrahenten nicht auf die dem hypothetischen Willen entsprechende Bedeutung der Erklärung vertrauen. Der Erklärende hat sich mithin nicht im Sinne des hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens verständlich gemacht. Infolgedessen darf die Erklärung nicht im Sinne des hypothetischen Willens des Erklärenden ausgelegt werden.

bbb. Kein Sichverständlich-
machen schlechthin

Das hypothetische Erkennen des hypothetischen Willens ist überhaupt erst zu prüfen, nachdem festgestellt worden ist, dass der Erklärende sich weder in tatsächlichem Sinne noch im Sinne des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens noch im Sinne des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens verständlich gemacht hat; denn diese Arten des Sichverständlichmachens haben den Vorrang⁶⁴⁾. Hat sich der Erklärende aber auch nicht im Sinne des hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens verständlich gemacht, wie eben festgestellt worden ist, so fehlt das Sichverständlichmachen schlechthin.

c. Besonderheit der Nichtübereinstimmung
der beiden Hypothesen

Wie bereits bei der Kritik des Vertrauensprinzips ausgeführt worden ist⁶⁵⁾, darf nicht ausschliesslich darauf abgestellt werden, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen durfte und musste, als ob der Erklärende stets denjenigen Sinn seiner Erklärung gegen sich gelten lassen müsste, den ein vernünftiger und korrekter Partner

64) Vorn S. 30 (für das tatsächliche Sichverständlichmachen); hinten S. 47 (für die Übereinstimmung der Hypothese auf seiten der einen Partei mit dem tatsächlichen Verständnis der anderen Partei).

65) Vorn S. 15

seiner Erklärung entnehmen durfte und musste; denn es ist denkbar, dass ein vernünftiger und korrekter Erklärender unter der Erklärung etwas anderes verstehen durfte und musste als ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger. Dieser - freilich nicht häufig vorkommende - Tatbestand ist dann möglich, wenn die vom Erklärenden erkannten oder für ihn erkennbaren⁶⁶⁾ Umstände sich nicht mit den vom Erklärungsempfänger erkannten und für diesen erkennbaren⁶⁶⁾ Umständen decken⁶⁷⁾.

Im Falle einer Nichtübereinstimmung zwischen der Hypothese des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers mit der Hypothese des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärenden darf die Erklärung weder im Sinne der einen noch im Sinne der anderen Hypothese ausgelegt werden; denn der Erklärende hat sich in einem solchen Falle gegenüber dem Partner nicht verständlich gemacht. Die Auslegung der betreffenden Erklärung zeitigt mithin kein Ergebnis, weshalb die Erklärung rechtlich unwirksam ist. Ein Konsens scheitert infolgedessen schon an der Rechtsunwirksamkeit dieser einen Erklärung.

66) Ein Beispiel für eine Nichtübereinstimmung zwischen den für die eine Vertragspartei erkennbaren und den für die andere Vertragspartei erkennbaren Umständen: vorn S. 16

67) Ein Schulbeispiel für eine Nichtübereinstimmung zwischen der Hypothese des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers mit der Hypothese des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärenden ist der einem Reichsgerichtsentscheid zugrundeliegende Fall (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 1908 (Band 68) 8 ff.):

Der Verkäufer liess durch einen Makler ein Angebot an den Käufer weiterleiten, das durch das Codewort "Semilodei" angenommen werden sollte. Der Käufer, den der Makler über einen wesentlichen Punkt, nämlich eine Garantiezusage des Verkäufers, getäuscht hatte, telegraphierte an den Verkäufer "Semilodei". Der Verkäufer konnte diese Erklärung nur als Annahme des Angebots verstehen. Der Käufer dagegen durfte unter seiner eigenen Erklärung eine Annahme unter Garantiezusage verstehen. (Huber, Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 1979, 430, insbesondere FN 35: "Ein 'vernünftiger Mann in den Schuhen des Empfängers' konnte das nur als Annahme des Angebots verstehen Deutsche Juristen lösen den Fall, wenn sie ihn nicht kennen, oft falsch, weil sie ohne weiteres den 'Empfängerhorizont' für massgeblich halten.....")

3. Vorrang der Uebereinstimmung der Hypothese auf seiten der einen Partei mit dem tatsächlichen Verständnis der anderen Partei gegenüber der Uebereinstimmung zwischen den Hypothesen auf seiten beider Parteien

Für den Fall, dass die Hypothese auf seiten der einen Vertragspartei mit dem tatsächlichen Verständnis der anderen Vertragspartei übereinstimmt (hypothetisches Erkennen des tatsächlichen Willens oder tatsächliches Erkennen des hypothetischen Willens), muss diese Uebereinstimmung gegenüber derjenigen der Hypothesen auf seiten beider Vertragsparteien (hypothetisches Erkennen des hypothetischen Willens) den Vorrang haben, auch wenn diese beiden Uebereinstimmungen sich notwendig decken, das Ergebnis mithin dasselbe ist; denn eine Hypothese ist ihrem Wesen nach ein Hilfsmittel, ein Notbehelf, der nur unter der Voraussetzung seine Berechtigung hat, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht feststehen.

Wenn somit der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens oder derjenige des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens erfüllt ist, erübrigt sich die weitere Feststellung, ob die Voraussetzungen des hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens erfüllt seien.

B. Gemeinsame Probleme der Hypothese

1. Elemente der Hypothese

a. Abstrakter Dritter an der Stelle der konkreten Partei

Um der Einzelfallgerechtigkeit willen muss den konkreten Gegebenheiten, in denen sich diejenige Vertragspartei, für welche die Hypothese aufgestellt wird - der Erklärende oder der Erklärungsempfänger - befindet (z.B. Alter), Rechnung getragen werden. Die realen Anforderungen des Rechtsverkehrs sowie die Praktikabilität des Rechtes erheischen indessen, dass für die Feststellung des hypothetischen Verständnisses einer Vertragspartei von deren subjektiven Verhältnissen (Fähigkeiten, Eigenschaften, seelische oder körperliche Verfassung usw.) abstrahiert wird.

Diese beiden Anliegen lassen sich dadurch auf einen Nenner bringen, dass für die Feststellung des hypothetischen Verständnisses einer Vertragspartei darauf abgestellt wird, wie ein abstrakter Dritter an der Stelle der konkreten Vertragspartei, mithin in deren konkreten Situation, beispielsweise im Beruf der konkreten Vertragspartei, die Erklärung verstehen durfte und musste⁶⁸⁾.

Beispiel:⁶⁹⁾

Reiter X, der weiss, dass ein Pferd kein Schlüsselbein hat, ruft zum Spass den Tierarzt Y an und bittet ihn, mit einem Anhänger für Pferde sofort nach Andelfingen zu kommen, da sein Pferd das Schlüsselbein gebrochen habe. Der Tierarzt Y, der nicht aufmerksam hinhört, begibt sich sofort nach Andelfingen, findet jedoch an dem von X bezeichneten Ort weder X noch das angeblich verletzte Pferd. In der Folge stellt Y dem X Rechnung für seine Bemühungen.

Im Rahmen der Hypothese auf seiten des Erklärungsempfängers Y ist dessen Sachkenntnis zu berücksichtigen, dass ein Pferd kein Schlüsselbein hat; denn ein abstrakter Dritter hätte in der konkreten Situation des Erklärungsempfängers, mithin im Beruf des Y, diese Sachkenntnis gehabt. Der Erklärungsempfänger musste daher die Erklärung als nicht ernst gemeint auffassen. Somit ist der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens erfüllt.

68) Aehnlich: Huber, Der UNCITRAL-Entwurf eines Uebereinkommens über internationale Warenkaufverträge, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 1979, 430: "..... eine vernünftige Person" in den Schuhen des Empfängers").

Keller nimmt in seiner Theorie vom Sichverständlichmachen, die er in seinen bisherigen Veröffentlichungen nur in den Grundzügen darstellte, zur Frage, inwieweit für die Feststellung des hypothetischen Verständnisses einer Vertragspartei konkrete und subjektive Verhältnisse derselben zu berücksichtigen sind, nicht Stellung. Doch entspricht die hier vertretene Auffassung dem Grundgedanken der Theorie des Sichverständlichmachens, nämlich dem Gedanken der gegenseitigen Verbundenheit und Rücksichtnahme der Kontrahenten (vorn S. 22).

69) Vgl. auch das Beispiel auf S. 16 f.

b. Durchschnittsmassstab

Zur Feststellung, wie ein abstrakter Dritter an der Stelle der betreffenden Vertragspartei, für welche die Hypothese aufgestellt wird - an der Stelle des konkreten Erklärenden oder des konkreten Erklärungsempfängers - die Erklärung verstehen durfte und musste, dienen durchschnittliche Vernunft und Korrektheit, durchschnittliche Bildung und Sachkenntnis⁷⁰⁾ wie überhaupt durchschnittliche Eigenschaften und Fähigkeiten als Massstab. Das Zivilrecht muss ganz allgemein von jedem Menschen im Verhältnis zu seinen Mitmenschen einen Durchschnittsstand von Eigenschaften und Fähigkeiten verlangen⁷¹⁾. Da jedoch die Vernunft und die Korrektheit die wesentlichsten Kriterien darstellen, lässt es sich rechtfertigen, den durchschnittlichen Erklärenden oder Erklärungsempfänger, im Einklang mit der allgemein gebräuchlichen Umschreibung, als vernünftigen und korrekten Erklärenden oder Erklärungsempfänger zu bezeichnen.

In diesem Zusammenhang ist es aber unerlässlich, einem nicht selten anzutreffenden Missverständnis zu begegnen:

Das, was ein vernünftiger und korrekter Erklärender oder Erklärungsempfänger unter der Erklärung verstehen durfte und musste, braucht durchaus nicht vernünftig und korrekt zu sein: Methode und Ergebnis der Auslegung sind streng auseinanderzuhalten.⁷²⁾

70) A.M. Egger 106, Besondere Sachkenntnis muss allerdings dann berücksichtigt werden, wenn sie mit dem konkreten Beruf einer Vertragspartei verbunden ist (vgl. die Beispiele auf S. 16 f., 48).

71) Burckhardt, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1903, ZSR 22, 520 f.

72) Gl.M. Oftinger I 187 ff.; a.M. Egger 105.

c. Zu berücksichtigende Umstände

aa. Kreis der zu berücksichtigenden Umstände

aaa. Bei konsequenter Betrachtung des Gesichtspunktes der gegenseitigen Verbundenheit und Rücksichtnahme der Kontrahenten

Dem Gesichtspunkt der gegenseitigen Verbundenheit und Rücksichtnahme der Kontrahenten würde dadurch am besten Rechnung getragen, dass bei der Bestimmung des Kreises der zu berücksichtigenden Umstände so vorgegangen würde, wie es Keller⁷³⁾ befürwortet. Darnach wären nämlich zunächst diejenigen Umstände massgeblich, die diejenige Vertragspartei, für welche die Hypothese aufgestellt wird, als vom Partner erkannt oder für diesen erkennbar hat erkennen müssen, ausgenommen diejenigen Umstände, die jene Vertragspartei als solche erkannt hat, die der Partner weder erkannt hat noch hat erkennen müssen, und andererseits diejenigen Umstände, die der Partner als solche erkannt hat, die die Vertragspartei, für welche die Hypothese aufgestellt wird, nicht als von ihm, dem Partner, erkannt oder für ihn erkennbar erachtet hat. Im weiteren wären diejenigen Umstände mitzuwärdigen, die die Vertragspartei, für welche die Hypothese aufgestellt wird, zwar nicht für solche hat halten müssen, welche der Partner erkannte oder die für diesen erkennbar waren, deren Erkennen oder Erkennbarkeit auf seiten des Partners von jener Vertragspartei jedoch erkannt worden ist.

Eine derart subtile Differenzierung würde indessen die Praxis überfordern.

bbb. Praktikablere Lösung

aaaa. Berücksichtigung tatsächlich erkannter Umstände

Unter dem für die Auslegung massgebenden Gesichtswinkel der gegenseitigen Verbundenheit und Rücksichtnahme der Kontrahenten⁷⁴⁾ kann es -und insofern muss den Erkenntnissen Kellers Rechnung getragen werden -nicht

73) I 316 linke Spalte oben.

74) Vorn S. 22

allein auf die für einen vernünftigen und korrekten Erklärenden oder Erklärungsempfänger bei Vertragsabschluss erkennbaren Umstände ankommen, wie sie das Vertrauensprinzip bei seiner - einzigen - Hypothese des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers ausschliesslich beachtet⁷⁵⁾. Vielmehr müssen auch die vom konkreten Erklärenden oder Erklärungsempfänger bei Vertragsabschluss tatsächlich erkannten Umstände berücksichtigt werden.

Es entspricht dem Wesen des Prinzips des Sichverständlichmachens, dass feststellbare tatsächliche Verhältnisse vor den hypothetischen den Vorrang haben. Wenn somit ein vernünftiger und korrekter Erklärender oder Erklärungsempfänger einen bestimmten Umstand nicht erkennen musste, der konkrete Erklärende oder Erklärungsempfänger ihn aber dennoch tatsächlich erkannte, so muss dieser Umstand berücksichtigt werden.

Freilich ist es denkbar, dass ein vom Erklärenden oder Erklärungsempfänger tatsächlich erkannter Umstand für einen abstrakten Dritten an der Stelle des Erklärenden oder des Erklärungsempfängers nicht erkennbar war. Indessen geht es letztlich um die Frage, welches hypothetische Verständnis vom konkreten Erklärenden oder Erklärungsempfänger erwartet werden darf und muss und im Hinblick darauf um die Frage nach den zurechenbaren Umständen. Im Rahmen dieser dem konkreten Erklärenden oder Erklärungsempfänger zurechenbaren Umstände darf aber nicht ignoriert werden, welche Umstände er tatsächlich erkannte.

bbbb. Berücksichtigung
erkennbarer Umstände

Ausser den vom konkreten Erklärenden oder Erklärungsempfänger tatsächlich erkannten Umständen sind im Rahmen der Hypothese des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärenden oder Erklärungsempfängers diejenigen Umstände zu berücksichtigen, die für einen abstrakten Dritten an der Stelle des konkreten Erklärenden oder Erklärungsempfängers nach dem Durchschnittsmaßstab⁷⁶⁾ bei Vertragsabschluss erkennbar waren.

75) Vorn S. 20

76) Vgl. vorn S. 47 ff.

bb. Arten der zu berücksichtigenden Umstände⁷⁷⁾

aaa. Grundsatz

Grundsätzlich sind sämtliche tatsächlich erkannten oder erkennbaren Umstände heranzuziehen, wie immer sie geartet sein mögen.

bbb. Ausnahme

Innerhalb des Kreises der tatsächlich erkannten oder erkennbaren Umstände müssen diejenigen ausgeschieden werden, die mit der Person des Partners verknüpft sind, genau so wie für die Feststellung des hypothetischen Verständnisses einer Vertragspartei deren subjektive Verhältnisse nicht berücksichtigt werden können, sondern ein Durchschnittsmaßstab gelten muss⁷⁸⁾.

ccc. Typische Umstände

Die Lebensverhältnisse sind viel zu mannigfaltig, als dass sich eine abschliessende Typologie der zu berücksichtigenden Umstände aufstellen liesse. Hingegen ist es möglich, einige typische Umstände, die für die Auslegung im hypothetischen Sinne von Bedeutung sind, aufzuzeigen:

- Grundsätzliche Geltung des allgemeinen Sprachgebrauchs:

In der Lehre wird der Wortlaut der Erklärung als an erster Stelle stehendes Auslegungsmittel behandelt⁷⁹⁾. Streng genommen ist er aber nicht ein Mittel der Auslegung, nicht ein für die Feststellung des hypothetischen Verständnisses einer Erklärung zu berücksichtigender Umstand, sondern Gegenstand der Auslegung.

77) In der Literatur werden diese Umstände als Mittel der Auslegung bezeichnet (statt vieler: Oftinger I 194 ff.), was ungenau ist; denn die übrigen Elemente der Hypothese sind gleichermassen Auslegungsmittel.

78) Vorn S. 49

79) Statt vieler: Merz I N 149 zu Art. 2.

Ein für die Auslegung zu berücksichtigender Umstand ist indessen der anerkannte Grundsatz, dass der allgemeine Sprachgebrauch ("le sens habituel", die Alltags- oder Umgangssprache⁸⁰⁾, der landläufige Wortsinne, massgebend ist⁸¹⁾. Ein besonderer Sprachgebrauch (z.B. Fachsprache oder geschäftliche Ausdrücke⁸²⁾) innerhalb eines bestimmten Personenkreises geht allerdings unter der Voraussetzung dem allgemeinen Sprachgebrauch vor, dass beide Vertragsparteien diesem Personenkreis angehören⁸³⁾. Dasselbe gilt für den Fall, dass die Vertragsparteien einen bestimmten Sprachgebrauch vereinbart haben⁸⁴⁾. Schliesslich haben auch lokale Sprachgebräuche den Vorrang gegenüber dem allgemeinen Sprachgebrauch⁸⁵⁾.

- Sozialtypisches Verhalten:

Das sozialtypische Verhalten⁸⁶⁾ einer Vertragspartei (insbesondere Gesten: Kopfnicken, Handschlag, Hingabe oder Wegnahme einer Sache usw.) ist nicht nur, aber vor allem da von Bedeutung, wo eine wörtliche Erklärung fehlt. Der Sinngehalt eines solchen Verhaltens kann eine konkludente Willenserklärung sein.

80) BGE 82 II 445 ff. = SJZ Band 63 (1967), 360 Ziff. 2

81) Merz I N 151 zu Art. 2; Schönenberger/Jäggi N 257 f. zu Art. 1; Oftinger IV S. 51; Egger 105; Lörscher 92

82) Vgl. z.B. ZR Band 45 (1946) Nr. 35, S. 71

83) Merz I N 151 zu Art. 2; Schönenberger/Jäggi N 260 zu Art. 1; Larenz I 71; Lörscher 92; BGE 100 II 149.

84) Z.B. die Vereinbarung, einen bestimmten Code zu verwenden (Oftinger I 195 oben).

85) Vgl. Oftinger I 195 oben; folgende auf Testamente bezügliche, hinsichtlich des hier massgebenden Prinzips jedoch allgemein gültige Entscheide: BGE 50 II 229, 110; 47 II 531; vgl. ferner den in Art. 1159 Code Civil français zum Ausdruck kommenden Gedanken.

86) Schönenberger/Jäggi N 261 zu Art. 1; Lörscher 92.

Z.B.: A nimmt an einem Kiosk eine Zeitung und legt 70 Rappen hin.

Das sozialtypische Verhalten einer Vertragspartei ist mithin ein Umstand, der nicht nur der Feststellung des hypothetischen Verständnisses einer Erklärung, sondern auch der Feststellung, ob eine solche überhaupt vorliege, dienen kann. Im letzteren Falle ist das sozialtypische Verhalten, wie der Wortlaut einer Erklärung⁸⁷⁾, nicht Mittel, sondern Gegenstand der Auslegung. Mittel der Auslegung, ein für die Auslegung zu berücksichtigender Umstand, ist dagegen in jedem Falle die allgemeine Anschauung vom Sinngehalt eines bestimmten sozialtypischen Verhaltens.

- Zweck des Geschäftes oder der auszulegenden Vertragsbestimmungen⁸⁸⁾:
- Vertragszusammenhang:
Für die Auslegung einer Vertragsbestimmung kann deren Zusammenhang mit anderen Vertragsbestimmungen massgebend sein⁸⁹⁾. Insbesondere vermag die Verwendung eines umstrittenen Ausdrucks einer Vertragsbestimmung in einer anderen Vertragsbestimmung, deren Bedeutung feststeht, den Sinn dieses Ausdrucks zu erhellen.
- Vorverhandlungen (insbesondere Vertragsentwürfe, Korrespondenzen, Verhandlungsprotokolle, Berichte, Aktennotizen)⁹⁰⁾.

87) Vorn S. 52 unten

88) Oftinger I 195 oben; BGE 99 II 285; 62 I 20; 41 I 282, 98; 40 II 404; vgl. auch Code Civil français Art. 1157 f.

89) BGE 40 II 416

90) Meier-Hayoz I 136; Simonius II 242 unten; Lörtscher 92; Schönenberger/Jäggi N 270 zu Art. 1; BGE 99 II 286

- Frühere individuelle Geschäftsgepflogenheiten (insbesondere bisherige Abwicklung von Geschäften)⁹¹⁾.

- Begleitumstände des Erklärungsvorgangs (insbesondere Ort und Zeit)⁹²⁾:

Beispiel:

Ein Amerikaner legt in einem Schweizer Feriendorf am Schalter einer Bank 100 Dollars hin und sagt: "Change, please".

Mit Rücksicht auf den Ort des Geschäftsabschlusses durfte und musste ein vernünftiger Bankangestellter der Erklärung des Kunden entnehmen, dass dieser die Dollars in Schweizerfranken gewechselt haben möchte.

- Konkrete, nicht aber subjektive Verhältnisse des Partners:⁹³⁾

Zu berücksichtigen sind auch die bei Vertragsabschluss erkannten oder erkennbaren konkreten Verhältnisse des Partners (z.B. Beruf, Interessenlage)⁹⁴⁾.

Beispiel:

Frau Meier bestellt regelmässig in der Konditorei X bei derselben Verkäuferin eingefrorenen Kuchen. Heute möchte sie ausnahmsweise für ein Kaffeekränzchen in dieser Konditorei eine nicht eingefrorene Zuger Kirschtorte bestellen. Am Telefon sagt sie zur Verkäuferin: "Schicken Sie mir bitte eine Zuger Kirschtorte pünktlich um 16 Uhr, da ich auf diese Zeit zu einem Kaffeekränzchen eingeladen habe".

91) Meier-Hayoz I 137 unten/138 oben; Oftinger I 195 oben; Simonius II 242 unten; Lörscher 92; vgl. auch Jagmetti, Une question de change en matière d'assurance-vie en France, SJZ Band 22 (1925/26) 97; BGE 100 II 23 unten/24 oben; 77 II 156 f.; 40 II 404, 393; 35 II 75 unten/76.

92) Schönenberger/Jäggi N 269 zu Art. 1; Lörscher 92; BGE 100 II 23 f.; 99 II 286.

93) Bezüglich der konkreten Verhältnisse derjenigen Vertragspartei, für welche die Hypothese aufgestellt wird: vorn S. 47 (unten) f.

94) Schönenberger/Jäggi N 272 zu Art. 1; BGE 52 II 222.

Muss auf seiten der Verkäuferin die Hypothese eines vernünftigen und korrekten Verständnisses aufgestellt werden⁹⁵⁾, so ist das Interesse von Frau Meier, die Torte sofort nach Empfang verbrauchen zu können, zu berücksichtigen; denn dieses Interesse ist konkreter Natur und für einen abstrakten Dritten an der Stelle des konkreten Erklärungsempfängers bei Vertragsabschluss erkennbar⁹⁶⁾. Die Erklärung von Frau Meier muss somit dahin verstanden werden, dass eine nicht eingefrorene Torte gewollt war. Somit ist der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens erfüllt.

Subjektive Verhältnisse des Partners müssen dagegen ausser Betracht bleiben⁹⁷⁾.

- Allgemeine Lebensverhältnisse⁹⁸⁾.

- Verkehrssitten, allgemeine Geschäftsübung:⁹⁹⁾

Beispiel:

A, ein Zürcher, möchte an einem Wochenabend mit seiner Freundin im Restaurant "Marquise" dinieren und bittet telephonisch, ab 21 Uhr einen Zweiertisch zu reservieren. Er stellt sich vor, dass das Restaurant bis 2 Uhr geöffnet sei. Zu seinem Erstaunen wird ihm und seiner Begleiterin aber schon kurz nach Mitternacht zu verstehen gegeben, dass sie aufbrechen sollten. A glaubt, das Restaurant werde vorzeitig geschlossen, damit das Personal Feierabend machen könne, weshalb er

95) Wenn ein tatsächliches Sichverständlichmachen nicht festgestellt werden kann, so dass der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens geprüft werden muss (vorn S. 31 unten / 32 oben).

96) Vorn S. 51 unten

97) Vorn S. 52 Mitte

98) Schönenberger/Jäggi N 274 zu Art. 1

99) Merz I N 141 zu Art. 1; Schönenberger/Jäggi N 274 zu Art. 1; Simonius II 242 unten; Lörtscher 92; BGE 100 II 23.

protestiert. Der Chef de service erklärt ihm aber, dass das Restaurant, da es keine Spezialbewilligung besitze, zur allgemeinen Polizeistunde, d.h. um Mitternacht, geschlossen werden müsse.

Da nach dem Sachverhalt der tatsächliche Wille des Erklärenden A vom Erklärungsempfänger weder erkannt worden ist (kein tatsächliches Erkennen des tatsächlichen Willens) noch erkannt werden musste (kein hypothetisches Erkennen des tatsächlichen Willens), ist die Hypothese eines vernünftigen und korrekten Erklärenden aufzustellen, um beurteilen zu können, ob der Tatbestand des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens erfüllt sei.

Im Rahmen dieser Hypothese muss die kraft öffentliche Ordnung geltende Polizeistunde, die in Zürich, wie jedenfalls jedem Zürcher bekannt sein muss, mangels einer Spezialbewilligung, auf Mitternacht festgesetzt ist, berücksichtigt werden. Infolgedessen hat A seine Erklärung im Sinne eines höchstens bis Mitternacht dauernden Vertragsverhältnisses verstehen müssen. Diesen hypothetischen Willen von A hat der Erklärungsempfänger offensichtlich tatsächlich erkannt.

- Soziales Milieu.¹⁰⁰⁾
- Allgemeine Geschäftsbedingungen einer Partei.¹⁰¹⁾

cc. Massgeblicher Zeitpunkt

Auszugehen ist vom allgemeinen Grundsatz, dass die Erklärung einer Partei in dem Sinne auszulegen ist, in dem sich diese bei Vertragsabschluss verständlich gemacht hat¹⁰²⁾. Zur Feststellung des hypothetischen

100) Oftinger I 195 oben.

101) Oftinger I 195 oben.

102) Hinten S. 68

Verständnisses einer Vertragspartei¹⁰³⁾ ist somit zu prüfen, wie die Erklärung bei Vertragsabschluss unter den erkannten oder erkennbaren Umständen vernünftiger- und korrekterweise verstanden werden durfte und musste. Infolgedessen muss untersucht werden, welche Umstände bei Vertragsabschluss erkannt wurden¹⁰⁴⁾ oder erkennbar waren¹⁰⁵⁾, während nachträglich eintretende Umstände grundsätzlich ausser Betracht fallen müssen. Insbesondere sind also nachträgliche Erklärungen der Vertragsparteien für die Hypothese unbeachtlich, nicht nur "mit Vorsicht zu behandeln", weil "die Versuchung, nachträglich in eine Erklärung etwas hinein zu interpretieren, sehr gross und eine der Hauptursachen von Auslegungstreitigkeiten" ist¹⁰⁶⁾.

Ein Vorbehalt ist freilich insofern anzubringen, als nach Vertragsabschluss eintretende Umstände Rückschlüsse auf das Vorhandensein oder die Beschaffenheit von Verhältnissen oder deren Erkennen bei Vertragsabschluss zulassen können¹⁰⁷⁾.

103) Für die Feststellung des tatsächlichen Willens des Erklärenden oder des tatsächlichen Verständnisses des Erklärungsempfängers im Rahmen des hypothetischen Sichverständlichmachens sind dagegen nachträglich eintretende Umstände zu berücksichtigen (hinten S. 68; vgl. auch vorn 26 unten / 27 oben).

104) Vorn S. 50 (unten) f.

105) Vorn S. 51 unten

106) So Oftinger I 195; ebenso Meier-Hayoz I 137; ferner BGE 99 II 286 f.

107) Vgl. die nachträglich eintretenden Umstände, die Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen des Erklärenden oder auf das tatsächliche Verständnis des Erklärungsempfängers bei Vertragsabschluss gestatten (hinten S. 68).

2. Besonderheiten der Hypothese

a. Mehrdeutigkeit der Hypothese

aa. Tatbestand

aaa. Schema

Auslegung der Erklärung von A gegenüber B:

- Mehrdeutigkeit der Hypothese von A:

A darf und muss y
oder z verstehen

B versteht y

- Mehrdeutigkeit der Hypothese von B:

A versteht y (will y)

B darf und muss y
oder z verstehen

- Mehrdeutigkeit der Hypothesen von A und von B:¹⁰⁸⁾

A darf und muss y oder
z verstehen

B darf und muss y
oder z verstehen

bbb. Schematischer Fall

Ein Elsässer offeriert einem Schweizer eine Ware zum Preise von 10'000 Franken. Bei der Auslegung dieser Offerte des Elsässers kann sich ergeben, dass die Hypothese, wie die Offerte von einem vernünftigen und korrekten Erklärenden unter den zu berücksichtigenden Umständen¹⁰⁹⁾ verstanden werden durfte und musste, oder die Hypothese, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger unter den zu berücksichtigenden Umständen¹⁰⁹⁾ die Offerte verstehen durfte und musste, oder dass beide Hypothesen mehrdeutig sind. Mehrdeutigkeit einer dieser Hypothesen liegt dann vor, wenn eine vernünftige und korrekte Vertragspartei auf Grund der

108) Die Hypothesen auf seiten von A und B brauchen aber nicht übereinzustimmen (vorn S. 46).

109) Vorn S. 50 ff.

erkannten oder erkennbaren Umstände unter der Erklärung sowohl französische Franken als auch Schweizerfranken verstehen durfte und musste.

ccc. Beispiel¹¹⁰⁾

Rechtsanwalt Hastig geht in der kurzen Mittagspause im Restaurant "Elegant" zum Essen. Als Tagesteller wird heute Geschnetzeltes mit Röstli zu Fr. 8.-- serviert. "A la carte" kostet aber Geschnetzeltes mit Röstli Fr. 21.--. Hastig, der bloss den Tagesteller möchte, bestellt in der Hast einfach "Geschnetzeltes mit Röstli". Der Kellner erkennt den Willen des Gastes nicht (kein tatsächliches Sichverständlichmachen). Es ist deshalb zu prüfen, ob sich der Gast wenigstens in einem hypothetischen Sinne verständlich gemacht habe, sei es im Sinne des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens, sei es im Sinne des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens oder schliesslich im Sinne des hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens.

Da nach dem Sachverhalt keine besonderen Umstände vorliegen, sind sowohl die Hypothese, wie die Erklärung Hastigs von einem vernünftigen und korrekten Erklärenden verstanden werden durfte und musste, als auch die Hypothese, wie ein vernünftiger und korrekter Kellner die Erklärung Hastigs verstehen durfte und musste, mehrdeutig:

Beide Vertragsparteien durften und mussten nämlich unter der Erklärung Hastigs sowohl Geschnetzeltes mit Röstli als Tagesteller als auch Geschnetzeltes mit Röstli "à la carte" verstehen.

bb. Problem

Wo immer die aufzustellende Hypothese des Verständnisses einer vernünftigen und korrekten Vertragspartei mehrere Ergebnisse zeitigt, wo also die Erklärung für eine Partei - den Erklärungsempfänger oder den Erklärenden selbst - mehrdeutig ist, erhebt sich die Frage, ob eine der mehreren Bedeutungen den Vorrang verdiene, ob insbesondere diejenige der mehreren Bedeutungen massgeblich sei, die sich mit dem tatsächlichen Verständnis der anderen Vertragspartei deckt.

110) Ein etwas abgewandelter Uebungsfall der Professoren Keller und Schluep

cc. Lösung

Es gibt - wie dargetan worden ist¹¹¹⁾ - drei Arten des hypothetischen Sichverständlichmachens: Das hypothetische Erkennen des tatsächlichen Willens, das tatsächliche Erkennen des hypothetischen Willens und das hypothetische Erkennen des hypothetischen Willens. Für das hypothetische Sichverständlichmachen kann es also auf die Hypothese des Erklärungsempfängers oder auf die Hypothese des Erklärenden oder auf beide Hypothesen ankommen. Ist aber irgendeine dieser Hypothesen mehrdeutig, so ist ein hypothetisches Sichverständlichmachen im Sinne dieser Hypothese von vornherein ausgeschlossen¹¹²⁾; denn eine mehrdeutige Hypothese kann a priori keine Rechtswirkung erzeugen, weil ein Sichverständlichmachen per definitionem Eindeutigkeit voraussetzt.

Aus diesem Grunde kann es nicht darauf ankommen, ob eine der Varianten der mehrdeutigen Hypothese auf seiten des Erklärungsempfängers mit dem tatsächlichen Willen des Erklärenden oder ob eine der Varianten der mehrdeutigen Hypothese auf seiten des Erklärenden - mehrdeutiger hypothetischer Wille - mit dem tatsächlichen Verständnis des Erklärungsempfängers oder ob schliesslich eine der Varianten der mehrdeutigen Hypothese auf seiten der einen Vertragspartei mit einer der Varianten auf seiten der andern Vertragspartei¹¹³⁾ übereinstimme.

Noch viel weniger aber darf einer der mehreren Bedeutungen einer Hypothese deshalb der Vorrang eingeräumt werden, weil sie ein sinnvollerer Ergebnis zeitigt; denn eine solche Lösung würde den grundlegenden Unterschied zwischen Methode und Ergebnis der Auslegung verkennen.¹¹⁴⁾

111) Vorn S. 31 ff.

112) Keller III 54; derselbe IV 463; Lörtscher 110 FN 18.

113) Ueber die Möglichkeit der Nichtübereinstimmung der beiden Hypothesen: vorn S. 46

114) Darüber eingehend und zutreffend: Oftinger I 187 ff.; den Unterschied zwischen Methode und Ergebnis der Auslegung verkennend: Egger 105.

b. Ergebnislosigkeit der Hypothese

Es ist denkbar, dass die Untersuchung, wie eine vernünftige und korrekte Vertragspartei unter den erkannten oder erkennbaren Umständen ihre eigene oder die Erklärung des Partners verstehen durfte und musste, kein bestimmtes Ergebnis zeitigt.

In einem solchen Falle hat sich der Erklärende von vornherein nicht verständlich gemacht. Die betreffende Erklärung ist somit rechtsunwirksam, und ein Konsens scheitert schon an der Rechtsunwirksamkeit dieser einen Erklärung.

Beispiel:¹¹⁵⁾

A möchte ein Fahrrad kaufen. Im Fahrrad- und Mopedgeschäft des B erklärt er diesem, er brauche ein Fahrrad zur körperlichen Ertüchtigung. B zeigt ihm verschiedene Fahrräder. Da A noch unschlüssig ist, welches Fahrrad er kaufen möchte, wendet sich B für kurze Zeit einem andern Kunden zu, der gerade den Laden betreten hat, und lässt A in Ruhe die ausgestellten Zweiräder ansehen. Bald darauf erklärt A dem B, er habe sich für ein "Fortissimo 50" entschieden. Er bittet B, es ihm am nächsten Tag mit Rechnung nach Hause liefern zu lassen.

Am folgenden Tag erhält A von B ein Moped geliefert. Tatsächlich heisst dieses "Fortissimo 50". A hat nämlich die Etikette des Mopeds mit derjenigen eines daneben stehenden Fahrrades verwechselt.

Da ein vernünftiger und korrekter Dritter an der Stelle von B unter den für ihn erkennbaren Umständen zwar erkennen musste, dass der Geschäftswille des A nicht auf ein Moped, sondern auf ein Fahrrad gerichtet war, die Erklärung des A jedoch nicht im Sinne eines bestimmten Fahrrades verstehen durfte und musste, zeitigt die Hypothese des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers kein bestimmtes Ergebnis.

115) Dieses Beispiel ist den Übungen im Obligationenrecht entnommen, die Rechtsanwalt Dr. V. Landmann im Wintersemester 1979/80 an der Hochschule St.Gallen durchführte.

§ 3. Gemeinsame Probleme des tatsächlichen und des hypothetischen Sichverständlichmachens

1. Bedeutung besonderer gesetzlicher Auslegungsregeln

A. Primäre Auslegungsregeln

1. Art. 2 Absatz 1 OR

Für den Fall, dass die Vertragsparteien die Bereinigung eines Nebenpunktes auf später verschoben haben, ist damit noch nicht entschieden, ob die Parteien oder wenigstens eine Vertragspartei das Zustandekommen des Vertrages von der späteren Einigung über den betreffenden Nebenpunkt abhängig gemacht habe oder nicht.

Diese Frage ist zunächst nicht auf Grund der Auslegung der entsprechenden Willenserklärung der betreffenden Partei oder der beiden Parteien nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu entscheiden. Vielmehr greift von vornherein, bevor die allgemeinen Auslegungsgrundsätze herangezogen werden sollen, die widerlegbare gesetzliche Vermutung von Art. 2 Absatz 1 OR ein¹¹⁶⁾.

Diese Vorschrift misst den Willenserklärungen der Vertragsparteien - vorbehaltlich einer Widerlegung durch die eine oder die andere Partei auf dem Wege der Auslegung - einen bestimmten Sinn bei, legt die Willenserklärungen mithin aus, nämlich in dem Sinne, dass der Vorbehalt eines Nebenpunktes die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern soll.

Da diese Auslegungsregel nicht erst dann eingreift, wenn die Auslegung nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen kein oder kein eindeutiges Ergebnis zeitigt, wie das für die nachfolgend als "subsidiär" bezeichneten Auslegungsregeln zutrifft, soll sie "primäre Auslegungsregel" genannt werden.

2. Art. 176 Absatz 3 OR

Nach Art. 176 Absatz 3 OR ist im Sinne einer widerlegbaren Rechtsvermutung anzunehmen, dass der Gläubiger einer Schuld den an ihn gestellten Antrag auf Eintritt eines Schuldübernehmers in das Schuldverhältnis an Stelle und mit Befreiung des bisherigen Schuldners annehme, wenn der Gläubiger ohne Vorbehalt vom Uebernehmer eine Zahlung annimmt oder

116) Hinten S. 84 ff.

einer anderen schuldnerischen Handlung zustimmt. Diese Vorschrift greift wiederum nicht erst dann ein, wenn die Auslegung nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen kein oder kein eindeutiges Ergebnis zeitigt. Vielmehr legt Art. 176 Absatz 3 OR im Interesse der Rechtssicherheit bestimmte Handlungen des Gläubigers - vorbehaltlich einer Widerlegung auf dem Wege der Auslegung - als Annahmeerklärung des Gläubigers aus, ohne zunächst auf das Ergebnis nach den allgemeinen Auslegungsprinzipien abzustellen. Diese Auslegungsregel ist infolgedessen ebenfalls eine primäre Auslegungsregel.

3. Art. 189 Absätze 2 und 3 OR

Für den Fall der Verabredung von Frankolieferung oder zollfreier Lieferung stellt das Gesetz (Art. 189 Absätze 2 und 3 OR) bestimmte widerlegbare Vermutungen hinsichtlich der Uebernahme der Transportkosten, der Ausgangs-, Durchgangs- und Eingangszölle sowie der Verbrauchssteuern auf. Da diese Vorschriften den betreffenden Verabredungen nicht erst dann einen bestimmten Sinn beimessen, wenn die Auslegung nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen kein oder kein eindeutiges Ergebnis zeitigt, handelt es sich wiederum um primäre Auslegungsregeln.

4. Art. 992 Absätze 1 und 2 OR

Nach Art. 992 Absatz 1 OR gilt eine Urkunde, der einer der in Art. 991 OR bezeichneten Bestandteile eines gezogenen Wechsels fehlt, nicht als gezogener Wechsel, vorbehaltlich der in den folgenden Absätzen bezeichneten Fälle. Diese Bestimmung misst einer solchen Urkunde einen bestimmten Sinn bei, stellt mithin eine Auslegungsregel dar. Sie ist primärer Natur, da sie von vornherein, nicht erst auf Grund einer erfolglosen Auslegung, Platz greift.

Dasselbe trifft auf Art. 992 Absatz 2 OR zu, wonach ein Wechsel ohne Angabe der Verfallzeit als Sichtwechsel gilt.

5. Art. 1021 Absatz 3 OR

Diese Vorschrift legt die blosse Unterschrift auf der Vorderseite eines Wechsels, die weder die Unterschrift des Bezogenen noch diejenige des

Ausstellers ist, als Bürgschaftserklärung aus. Diese Auslegungsregel hat primären Charakter, da sie ausschliesslich eine blossе Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels, die weder die Unterschrift des Bezogenen noch diejenige des Ausstellers ist, nicht auch ein negatives Auslegungsergebnis voraussetzt.

B. Subsidiäre Auslegungsregeln

Mit "subsidiären Auslegungsregeln" sind hier diejenigen Auslegungsregeln gemeint, die nicht von vornherein, sondern erst dann eingreifen, wenn die Auslegung nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen kein oder kein eindeutiges Ergebnis zeitigt. Als "Auslegungs"-Regeln unterscheiden sie sich aber von den gewöhnlichen dispositiven Gesetzesnormen dadurch, dass sie nicht lediglich eine bestimmte Lösung an der Stelle einer fehlenden Vereinbarung treffen, sondern, mangels eines oder eines eindeutigen Ergebnisses auf Grund der allgemeinen Auslegungsprinzipien, der getroffenen Vereinbarung einen bestimmten Sinn beimisst, sie somit in einer bestimmten Weise auslegt¹¹⁷⁾.

- 117) Darum nehmen Gauch/Schluép/Jäggi (129) zu Unrecht an, Art. 414 OR sei eine spezielle Auslegungsregel. Diese Bestimmung trifft gerade für den Fall des Fehlens einer Vereinbarung eine bestimmte Lösung, ist somit eine gewöhnliche dispositive Gesetzesnorm. Der Wortlaut des Gesetzes: "..... gilt als vereinbart" vermag daran nichts zu ändern. Ebenso wenig stellt - entgegen den genannten Autoren (129) - Art. 33 Versicherungsvertragsgesetz eine spezielle Auslegungsregel dar: Diese Vorschrift legt nicht eine Vereinbarung aus, sondern trifft für den Fall eine Lösung, dass die Auslegung einer Ausschlussklausel nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen keine oder mehrere Bedeutungen ergibt. Diese Lösung, wonach eine Ausschlussklausel unter den genannten Voraussetzungen die Deckungspflicht des Versicherers für Ereignisse, welche die Merkmale der Gefahr aufweisen, in keiner Weise zu schmälern vermag, weil eine derartige Ausschlussklausel als nicht zustandegekommen gilt, stimmt allerdings im Ergebnis mit der Lösung nach der allgemeinen Auslegungsmethode des Sichverständlichmachens überein (vorn S. 59 ff.; Keller IV 463 f. in Verbindung mit 457 bei FN 2; 457 FN 3; derselbe III 54). Gewöhnliche dispositive Gesetzesnormen sind auch - entgegen Meier-Hayoz (135 FN 2) -: Art. 78 OR; Art. 189 Absatz 1 OR; Art. 190 OR; Art. 211 Absatz 2 OR; Art. 212 Absatz 1 OR (trotz des Wortlautes: "..... wird vermutet, es sei gemeint"; denn diese Vorschrift greift erst dann ein, wenn sich ein Preis auch auf Grund der Auslegung nicht ermitteln lässt) sowie Art. 212 Absatz 2 OR.

Diese Voraussetzungen treffen zu auf die Art. 76 f. OR, Art. 158 Absatz 1 OR, Art. 323 lit.a Absatz 3 OR, Art. 992 Absätze 3 und 4 OR, Art. 996 Absätze 1 und 2 OR, Art. 1021 Absatz 4 OR sowie Art. 83 VVG.

II. Unklarheitenregel

A. Unklarheitenregel als primärer Auslegungsgrundsatz

In der in- wie ausländischen Literatur und Judikatur wurde die römisch-rechtliche Regel "in dubio contra stipulatorem" sehr häufig in dem Sinne angewandt, dass eine bei bloss oberflächlicher Betrachtung sich ergebende Unklarheit von vornherein zum Nachteil des Verfassers des Vertrages ausgelegt wurde. In dieser sog. primären Anwendungsform erlangte die Unklarheitenregel vor allem im Versicherungsvertragsrecht als die Regel "in dubio contra assecuratorem" grosse Bedeutung¹¹⁸⁾. Die schweizerische Rechtsprechung befolgt - im Gegensatz zur ausländischen - teilweise auch heute noch diesen allzu bequemen Auslegungsgrundsatz¹¹⁹⁾. Dagegen lehnt heute nicht nur die ausländische, sondern auch die schweizerische Lehre die Unklarheitenregel als primären Auslegungsgrundsatz mit überzeugenden Argumenten ab¹²⁰⁾. Vom Standpunkt des schweizerischen Rechtes aus betrachtet, ist der so angewandten Unklarheitenregel, der allerhöchstens gewohnheitsrechtlicher Charakter zugemessen werden könnte, schon deshalb die Anerkennung zu versagen, weil sie - wie nicht näher begründet zu werden braucht - zu den auf einer gesetzlichen Vorschrift, nämlich auf Art. 2 Absatz 1 ZGB beruhenden Auslegungsgrundsätzen - sowohl zum Prinzip

118) Keller IV 457 f.

119) Z.B. BGE 100 II 153, 156 Erwägung c.

120) Statt vieler: Gaugler, In dubio contra assecuratorem? Ueber die rechtliche Zulässigkeit, die Unklarheitenregel bei der Auslegung allgemeiner Versicherungsbedingungen (AVB) anzuwenden, Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift (Bern) 1955/56, 33, 80; Haidinger, Die Unklarheitenregel bei der Auslegung von AVB und allgemeinen Geschäftsbedingungen, Versicherungsrecht (Karlsruhe) 1955, 370.

des Sichverständlichmachens als auch zum Vertrauensprinzip - im Widerspruch steht; denn nach Art. 1 Absatz 2 ZGB darf der Richter erst dann nach Gewohnheitsrecht entscheiden, wenn dem Gesetz keine Vorschrift zu entnehmen ist¹²¹⁾.

B. Unklarheitenregel als subsidiärer Auslegungsgrundsatz

Die Unklarheitenregel als sog. subsidiärer Auslegungsgrundsatz bedeutet, dass einer Vertragsbestimmung unter der Voraussetzung, dass ihre Unklarheit auf dem Wege der Auslegung sich nicht beseitigen lässt, die für den Partner des Verfassers des Vertragstextes günstigste Bedeutung beigegeben wird. Die so angewandte Unklarheitenregel wird daher zu Unrecht als - wenn auch subsidiärer - Auslegungsgrundsatz bezeichnet; denn sie dient nicht der Sinnesdeutung, der Auslegung. Vielmehr trifft sie eine vom Sinngehalt der betreffenden Vertragsbestimmung unabhängige Billigkeitslösung¹²²⁾.

Aber auch in dieser Form muss die Unklarheitenregel aus rechtsdogmatischen Gründen abgelehnt werden:

Wenn einer Vertragsbestimmung nach den Auslegungskriterien ein bestimmter Sinn nicht entnommen werden kann, d.h. wenn sich eine Unklarheit nicht ausräumen lässt, wenn eine Vertragsbestimmung entweder unklar, keiner Deutung fähig oder mehrdeutig ist¹²³⁾, dann ist diese Vertragsbestimmung als rechtlich wirkungslos zu betrachten; denn die Parteien haben sich diesfalls in keinem bestimmten Sinn verständlich gemacht. Wenn also die allgemeinen Auslegungsgrundsätze zu keinem eindeutigen Ergebnis führen, dann darf nicht mit Hilfe der Unklarheitenregel ein Konsens fingiert werden.

Abgesehen von diesem rechtsdogmatischen Gesichtspunkt wäre die Unklarheitenregel als subsidiärer Auslegungsgrundsatz auch aus rechtspolitischen

121) Keller IV 458 Mitte.

122) Keller IV 457 FN 3.

123) Vgl. vorn S. 59 ff.

Gründen abzulehnen; denn sie würde auch in einseitiger Weise den Verfasser des Vertrages benachteiligen, indem die Nachlässigkeit des Vertragspartners, sich auf eine unklare Vertragsbestimmung einzulassen, unbeachtet bliebe.

III. Massgeblicher Zeitpunkt des Sichverständlichmachens

Die Erklärung einer Vertragspartei ist in dem Sinne auszulegen, in dem sich diese bei Vertragsabschluss verständlich gemacht hat¹²⁴⁾. Aus diesem Grunde dürfen nachträgliche Umstände, insbesondere auch nachträgliches Verhalten der Vertragsparteien, nur in dem Sinne für die Auslegung herangezogen werden, als sie Rückschlüsse auf tatsächliche Verhältnisse bei Vertragsabschluss, auf den tatsächlichen Willen des Erklärenden bei Vertragsabschluss oder auf das tatsächliche Verständnis des Erklärungsempfängers bei Vertragsabschluss, mithin auf das tatsächliche Sichverständlichmachen¹²⁵⁾ oder auf tatsächliche Verhältnisse im Rahmen des hypothetischen Sichverständlichmachens¹²⁶⁾ gestatten.

Dagegen können nachträglich eintretende Umstände, welcher Art sie auch immer sein mögen, grundsätzlich nicht zur Feststellung herangezogen werden, wie eine vernünftige und korrekte Vertragspartei die Erklärung bei Vertragsabschluss verstehen durfte und musste, also nicht für die Feststellung des hypothetischen Verständnisses einer Vertragspartei¹²⁷⁾.

124) Keller I 315 bei FN 14.

125) Darüber: vorn S. 27 oben

126) Vorn FN 107

127) Vorn S. 58

3. Kapitel: Das Prinzip des Sichverständlichmachens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip¹²⁸⁾

§ 1. Bedeutung des tatsächlichen Sichverständlichmachens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip

I. Bedeutung des tatsächlichen Sichverständlichmachens bei abweichender Lösung nach dem Vertrauensprinzip

Das nachfolgende Beispiel, das bereits im Rahmen der Darstellung der Arten des Sichverständlichmachens angeführt worden ist¹²⁹⁾, macht deutlich, dass die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip und diejenige im Sinne des tatsächlichen Sichverständlichmachens zu verschiedenen Ergebnissen führen können:

Ein ungarisches Ehepaar betritt in Zürich ein Pelzgeschäft. Die Ehefrau soll einen Pelzmantel geschenkt bekommen. Während sich der Verkäufer mit einem anderen Kunden beschäftigt, probiert die Ehefrau mehrere Mäntel: einen Persianermantel, einen Seehund- und einen Kaninchenfellmantel. Im Augenblick, als sich der Verkäufer wiederum dem ungarischen Ehepaar zuwendet, erklärt die Ehefrau ihrem Mann auf Ungarisch, dass sie sich für den Kaninchenfellmantel entschlossen habe, der ihr schon wegen des weichen braunen Felles am besten gefalle. Der Ehemann antwortet - ebenfalls auf Ungarisch -, dass er ihr selbstverständlich den Kaninchenfellmantel kaufen wolle, wenn dieser ihr am besten gefalle, obwohl er eigentlich gern einen vornehmeren Mantel gekauft hätte. Der Verkäufer versteht die ungarische Sprache so gut, dass er den Willen des Ehemannes, einen Kaninchenfellmantel zu kaufen, erkennt. In etwas gebrochenem Deutsch sagt aber der Ehemann zum Verkäufer: "Wir haben uns für den

128) Die nachfolgenden Ausführungen bezwecken ausschliesslich die Feststellung, ob und inwiefern das Prinzip des Sichverständlichmachens gegenüber dem Vertrauensprinzip als solchem Vorzüge aufweise, da es zur Ueberwindung der lediglich der Anwendung des Vertrauensprinzips in der Lehre anhaftenden Mängel keines neuen Prinzipes bedarf.

129) Vorn S. 26

Persianermantel entschlossen; schicken Sie uns den Mantel mit der Rechnung".

Auf Grund der Auslegung nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens ist der Kaninchenfellmantel Auslegungsergebnis; denn es liegt der Tatbestand des tatsächlichen Erkennens des tatsächlichen Willens durch den Partner vor (tatsächliches Sichverständlichmachen).

Demgegenüber wäre auf Grund der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, soweit dieses auf einen abstrakten Dritten abstellt¹³⁰⁾, der Persianermantel Auslegungsergebnis; denn ein Durchschnittsverkäufer eines Zürcher Geschäftes versteht nicht Ungarisch, auch wenn er vernünftig ist, und hätte somit nicht erkennen müssen, dass der Käufer einen Kaninchenfellmantel kaufen wollte.

Eine Uebereinstimmung der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip mit der Auslegung nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens, d.h. mit der Auslegung im Sinne des tatsächlichen Sichverständlichmachens, ergäbe sich nur unter der Voraussetzung, dass das Vertrauensprinzip auf die subjektiven Verhältnisse des konkreten Verkäufers abstellen würde¹³¹⁾.

Die Möglichkeit divergierender Lösungen auf Grund der beiden Auslegungsprinzipien kann aber auch aus anderen Gründen gegeben sein. So kann ein konkreter Vertragspartner dank seinem besonderen Fachwissen, einer besonderen Beobachtungsgabe, einer aussergewöhnlichen Verkaufserfahrung, einem besonders guten Gedächtnis, einem überdurchschnittlichen Feeling usw. den tatsächlichen Willen des Erklärenden erkennen, obwohl ein durchschnittlicher Erklärungsempfänger den tatsächlichen Willen des Erklärenden nicht erkennen musste.

Beispiel:¹³²⁾

A besucht eine Veranstaltung. Auf der Rückseite der Eintrittskarte, die ihm nach Bezahlung am Eintrittsschalter ausgehändigt wird, ist ein Haftungsausschluss des Veranstalters aufgedruckt. Vermag nun der Veran-

130) Vorn FN 20

131) Vorn FN 20

132) Dieses Beispiel ist den Uebungen zum Obligationenrecht entnommen, die Rechtsanwalt Dr. V. Landmann im Wintersemester 1979/80 an der Hochschule St.Gallen durchgeführt hat.

stalter den Nachweis zu leisten, dass A vor einem zweiten Besuch von diesem aufgedruckten Haftungsausschluss Kenntnis hatte, so gilt dieser für den zweiten Veranstaltungsvertrag auf Grund des Prinzips des Sichverständlichmachens als vereinbart; denn A hatte unter jener Voraussetzung den auf den Haftungsausschluss gerichteten tatsächlichen Willen des Veranstalters tatsächlich erkannt (tatsächliches Sichverständlichmachen). Demgegenüber könnte dieser Haftungsausschluss nach dem Vertrauensprinzip nicht als vereinbart angesehen werden; denn A musste als vernünftige und korrekte Vertragspartei den auf der Rückseite der Eintrittskarte, mithin erst nach dem Zustandekommen des Veranstaltungsvertrages erklärten Haftungsausschluss nicht zur Kenntnis nehmen.

Es kann aber auch sein, dass das tatsächliche Verständnis des Erklärungsempfängers nicht kraft besserer Erkenntnis, sondern zufällig mit dem tatsächlichen Willen des Erklärenden übereinstimmt, während die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ein anderes Ergebnis zeitigt.

Soweit die Auslegung im Sinne des tatsächlichen Sichverständlichmachens aus irgendeinem Grunde zu einem anderen Ergebnis führt als die Auslegung auf Grund des Vertrauensprinzips, muss jener Auslegung schon aus dem Grunde der Vorrang eingeräumt werden, weil sie den tatsächlichen Gegebenheiten gerecht wird und nicht auf einen hypothetischen Durchschnittsmassstab abstellt, aber auch deshalb, weil sie nicht nur den berechtigten Interessen des Erklärungsempfängers, sondern auch denjenigen des Erklärenden gerecht wird.

II. Bedeutung des tatsächlichen Sichverständlichmachens bei übereinstimmender Lösung nach dem Vertrauensprinzip

Das tatsächliche Sichverständlichmachen hat auch in denjenigen Fällen seine Bedeutung, in denen das Ergebnis der Auslegung im Sinne des tatsächlichen Sichverständlichmachens mit dem Ergebnis der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip übereinstimmt:

Wenn nämlich der Erklärungsempfänger den Willen des Erklärenden erkennt, dann ist es lebensnaher, verständlicher und auch für einen juristi-

schen Laien einleuchtender, ja es versteht sich eigentlich von selbst, dass dieses tatsächliche Erkennen des tatsächlichen Willens massgeblich sein muss. Man ist deshalb nicht auf eine juristische Konstruktion angewiesen, auf die Hypothese nämlich, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen durfte und musste.

Dem tatsächlichen Erkennen des tatsächlichen Willens muss gegenüber der Hypothese des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers aber auch aus dem Grunde der Vorrang eingeräumt werden, weil die Beurteilung des Verstehenmüssens eine Wertung bedingt, die ihrer Natur nach eine gewisse Unsicherheit einschliesst, die bei der Feststellung eines tatsächlichen Vorgangs entfällt.

§ 2. Bedeutung des hypothetischen Sichverständlichmachens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip

I. Bedeutung der verschiedenen Arten des hypothetischen Sichverständlichmachens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip

A. Bedeutung des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip

Das Vertrauensprinzip stellt schlechthin auf die Hypothese ab, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen durfte und musste, ohne Rücksicht darauf, ob das hypothetische Verständnis des Erklärungsempfängers mit dem tatsächlichen Willen des Erklärenden übereinstimmt. Die Prüfung, ob diese letztere Übereinstimmung bestehe, wäre nur dann unnötig, wenn das hypothetische Verständnis des Erklärungsempfängers notwendig mit dem hypothetischen Verständnis des Erklärenden übereinstimme; denn nur unter dieser Voraussetzung wäre eine Übereinstimmung zwischen dem hypothetischen Verständnis des Erklärungsempfängers und einem vom hypothetischen Verständnis des Erklärenden abweichenden tatsächlichen Willen von vornherein ausgeschlossen. Das hypothetische Verständnis des Erklärungsempfängers braucht indessen durchaus nicht mit dem hypothetischen Verständnis des Erklärenden übereinzustimmen¹³³⁾.

133) Vorn S. 45 (unten) f.

Demgegenüber wird nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens vor-
gängig untersucht, ob das hypothetische Verständnis des Erklärungsempfängers mit dem tatsächlichen Willen des Erklärenden übereinstimmt, ob also der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens erfüllt sei.

Selbst wenn das hypothetische Verständnis des Erklärungsempfängers mit dem tatsächlichen Willen des Erklärenden übereinstimmt und infolgedessen das Vertrauensprinzip zum selben Ergebnis führt wie das Prinzip des Sichverständlichmachens, so ist diesem dennoch der Vorrang einzuräumen; denn dieses trägt dem Gedanken, dass zwischen den Vertragsparteien in bezug auf das ihnen zurechenbare Verständnis einer Erklärung Übereinstimmung bestehen müsse, besser Rechnung als das Vertrauensprinzip, das einseitig auf das dem Erklärungsempfänger zurechenbare Verständnis abstellt.

B. Bedeutung des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip

Das Vertrauensprinzip stellt von vornherein auf die Hypothese ab, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen durfte und musste. Nach dem Vertrauensprinzip wird also nicht untersucht, ob sich das tatsächliche Verständnis des Erklärungsempfängers mit der Bedeutung decke, die ein vernünftiger und korrekter Erklärender seiner eigenen Erklärung beimessen durfte und musste. Mit anderen Worten: Nach dem Vertrauensprinzip wird nicht untersucht, ob der Erklärungsempfänger den hypothetischen Willen des Erklärenden tatsächlich erkannt habe.

Demgegenüber wird im Rahmen des hypothetischen Sichverständlichmachens geprüft, ob der Erklärungsempfänger das, was ein vernünftiger und korrekter Erklärender unter seiner eigenen Erklärung verstehen durfte und musste, tatsächlich erkannt habe. Anders ausgedrückt: Es wird untersucht, ob der Erklärungsempfänger, der den tatsächlichen Willen des Erklärenden weder erkannt hat (kein tatsächliches Erkennen des tatsächlichen Willens) noch hat erkennen müssen (kein hypothetisches Erkennen des tatsächlichen Willens), wenigstens den hypothetischen Willen des Er

klärenden erkannt habe. Trifft dies zu, so ist die Erklärung im Sinne dieses vom konkreten Erklärungsempfänger tatsächlich erkannten hypothetischen Willens des Erklärenden auszulegen.

Da dieses Auslegungsergebnis den tatsächlichen Gegebenheiten gerecht wird, ist kein Raum für die Hypothese, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen durfte und musste. Eine solche Hypothese ist dann nicht etwa bloss überflüssig, sondern könnte auch zu einem abweichenden Ergebnis führen; denn die Hypothese auf seiten des Erklärungsempfängers braucht mit der Hypothese auf seiten des Erklärenden durchaus nicht übereinzustimmen¹³⁴⁾.

C. Bedeutung des hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip

Wenn hinsichtlich einer bestimmten Erklärung weder der Tatbestand des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens¹³⁵⁾ noch derjenige des tatsächlichen Erkennens des hypothetischen Willens¹³⁶⁾ erfüllt ist, dann setzt die Auslegung der betreffenden Erklärung auf seiten beider Vertragsparteien eine Hypothese voraus:

Einerseits die Hypothese, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärender unter den erkannten oder erkennbaren Umständen die Erklärung verstehen durfte und musste. Und andererseits die Hypothese, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger unter den erkannten oder erkennbaren Umständen die Erklärung verstehen durfte und musste.

Falls sich diese beiden Hypothesen decken, hat sich der Erklärende verständlich gemacht, nämlich im Sinne des hypothetischen Erkennens des hypothetischen Willens. In diesem Sinne ist die Erklärung auszulegen.

Demgegenüber verkennt das Vertrauensprinzip, indem es in einseitiger Weise ausschliesslich auf das hypothetische Verständnis eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers abstellt und dieses auch für den

134) Vorn S. 45 (unten) f.

135) Vorn S. 31 ff.

136) Vorn S. 33 ff.

Erklärenden gelten lässt, dass das hypothetische Verständnis des Erklärungsempfängers durchaus nicht mit dem hypothetischen Verständnis eines vernünftigen und korrekten Erklärenden übereinzustimmen braucht¹³⁷⁾. Stimmen aber die beiden Hypothesen nicht miteinander überein, so hat sich der Erklärende gegenüber dem Partner nicht in hypothetischem Sinne verständlich gemacht. In einem solchen Falle vermag die Erklärung keine rechtlichen Wirkungen zu erzeugen und scheitert ein Konsens schon an der Rechtsunwirksamkeit dieser Erklärung. Es wäre daher unzutreffend, die Erklärung im Sinne des Vertrauensprinzips auszulegen, d.h. in dem Sinne, wie ein vernünftiger und korrekter Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen durfte und musste.

Eine Nichtübereinstimmung der beiden Hypothesen ist dann möglich, wenn die auf der einen Seite erkannten oder erkennbaren Umstände sich nicht decken mit den auf der anderen Seite erkannten oder erkennbaren Umständen¹³⁸⁾.

II. Bedeutung der Hypothese des Prinzips des Sichverständlichmachens im Verhältnis zur Hypothese des Vertrauensprinzips

In der Lehre des Vertrauensprinzips ist die Frage umstritten, ob auf das hypothetische Verständnis der konkreten Vertragspartei oder auf dasjenige eines abstrakten Dritten abgestellt werden müsse. Beide Auffassungen sind zu einseitig:

Soll es schlechthin auf die konkrete Vertragspartei ankommen, so müssen auch deren subjektive Verhältnisse berücksichtigt werden, was mit den Anforderungen des Rechtsverkehrs und der Praktikabilität des Rechts unvereinbar ist. Die Lehre und Rechtsprechung, die schlechthin auf die betreffende Vertragspartei abstellen und damit neben den konkreten auch die subjektiven Verhältnisse dieser Vertragspartei berücksichtigen will¹³⁹⁾,

137) Vorn S. 45 (unten) f.

138) Vorn S. 15

139) Schönenberger/Jäggi N 273 zu Art. 1; Simonius II 242; Lörtscher 92; BGE 91 I 16; ZR Band 70 (1971) Nr. 117, S. 319 = SJZ Band 68 (1972) 93 f.

ist übrigens inkonsequent, indem auch sie andererseits den objektiven Durchschnittsmaßstab der Vernunft und der Korrektheit anlegt.

Wird schlechthin auf einen abstrakten Dritten abgestellt¹⁴⁰⁾, so werden die konkreten Gegebenheiten unberücksichtigt gelassen, was die Einzelfallgerechtigkeit beeinträchtigen kann, ohne dass dieser Nachteil durch Wahrung eines anderen schützenswerten Interesses aufgewogen würde.

Das Prinzip des Sichverständlichmachens trägt demgegenüber beiden Anliegen Rechnung, indem es auf einen abstrakten Dritten an der Stelle der konkreten Vertragspartei abstellt¹⁴¹⁾.

Die Hypothese des Prinzips des Sichverständlichmachens weist gegenüber derjenigen des Vertrauensprinzips aber auch den Vorzug auf, dass jene, im Unterschied zu dieser, neben den erkennbaren Umständen auch die tatsächlich erkannten Umstände berücksichtigt¹⁴²⁾.

§ 3. Zusammenfassende Würdigung des Prinzips des Sichverständlichmachens im Verhältnis zum Vertrauensprinzip

Dem Prinzip des Sichverständlichmachens ist unter verschiedenen Gesichtspunkten gegenüber dem Vertrauensprinzip der Vorrang einzuräumen: Ueberall da, wo die Auslegung auf Grund des Prinzips des Sichverständlichmachens zu einem anderen Ergebnis führt als die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, ist jener Auslegungsmethode vor allem aus dem Grund der Vorrang einzuräumen, weil sie soweit als möglich die tatsächlichen Gegebenheiten berücksichtigt und insoweit nicht auf einen hypothetischen Durchschnittsmaßstab abstellt (tatsächliches Erkennen des tatsächlichen

140) Uftinger I, insbesondere 186 f.; derselbe II, insbesondere 359 rechte Spalte ("supponierter Aussenstehender").

141) Vorn S. 47 ff.

142) Vorn S. 50 (unten) f.

Willens, hypothetisches Erkennen des tatsächlichen Willens¹⁴³⁾, tatsächliches Erkennen des hypothetischen Willens), aber auch deshalb, weil sie nicht nur den berechtigten Interessen des Erklärungsempfängers, sondern auch denjenigen des Erklärenden gerecht wird (tatsächliches Erkennen des tatsächlichen Willens, tatsächliches Erkennen des hypothetischen Willens, hypothetisches Erkennen des hypothetischen Willens¹⁴⁴⁾).

Aber auch in denjenigen Fällen, in denen die beiden Auslegungsmethoden zum selben Ergebnis führen, verdient das Prinzip des Sichverständlichmachens gegenüber dem Vertrauensprinzip den Vorzug:

Soweit das Prinzip des Sichverständlichmachens auf die juristische Konstruktion des hypothetischen Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers verzichten kann, indem es auf das tatsächliche Verständnis oder den tatsächlichen Willen abstellt (tatsächliches Erkennen des tatsächlichen Willens, tatsächliches Erkennen des hypothetischen Willens), ist dieses Prinzip lebensnaher, verständlicher und auch für einen juristischen Laien einleuchtender. Den tatsächlichen Verhältnissen muss aber auch aus dem Grunde der Vorrang eingeräumt werden, weil die Hypothese eine Wertung bedingt, die ihrer Natur nach eine gewisse Unsicherheit einschliesst.

Soweit das Prinzip des Sichverständlichmachens ebenfalls auf die Hypothese eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers angewiesen

143) Freilich stimmt das Ergebnis der Hypothese des Vertrauensprinzips mit dem Ergebnis des hypothetischen Erkennens des tatsächlichen Willens überein, sofern sich nicht aus der Verschiedenheit zwischen den Hypothesen des Vertrauensprinzips und des Prinzips des Sichverständlichmachens eine Abweichung ergibt. Entscheidend ist indessen, dass nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens eine Übereinstimmung der Hypothese des Erklärungsempfängers mit dem tatsächlichen Willen des Erklärenden erforderlich ist, damit es überhaupt auf diese Hypothese ankommen kann, während die Hypothese des Vertrauensprinzips auch dann massgebend ist, wenn sie sich mit dem tatsächlichen Willen des Erklärenden nicht deckt.

144) Was in FN 143 zum Verhältnis zwischen der Hypothese des Vertrauensprinzips und dem hypothetischen Erkennen des tatsächlichen Willens ausgeführt worden ist, gilt entsprechend für das Verhältnis zwischen der Hypothese des Vertrauensprinzips und dem hypothetischen Erkennen des hypothetischen Willens.

ist (hypothetisches Erkennen des tatsächlichen Willens, hypothetisches Erkennen des hypothetischen Willens), trägt es dem Gedanken, dass zwischen den Vertragsparteien in bezug auf das ihnen zurechenbare Verständnis einer Erklärung Übereinstimmung bestehen müsse, besser Rechnung als das Vertrauensprinzip, das einseitig auf das dem Erklärungsempfänger zurechenbare Verständnis abstellt.

Schliesslich erweist sich die Hypothese des Prinzips des Sichverständlichmachens ausgewogener als die Hypothese des Vertrauensprinzips.

2. Abschnitt: Rechtswirkungen der Auslegung der Willenserklärungen nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens

1. Kapitel: Bedeutung der Auslegung hinsichtlich der Wirksamkeit der Willenserklärungen

Für den Fall, dass sich auch nur eine Vertragspartei gegenüber dem Partner nicht im Sinne eines Geschäftswillens¹⁴⁵⁾ oder nicht im Sinne eines Erklärungswillens¹⁴⁶⁾ in irgendeiner Weise - tatsächlich oder hypothetisch - verständlich gemacht hat, vermag ihre Erklärung keine rechtlichen Wirkungen zu erzeugen und scheitert das Zustandekommen des Vertrages schon an der Rechtsunwirksamkeit dieser Erklärung.

Hat sich jedoch eine Vertragspartei sowohl im Sinne eines Geschäfts- als auch eines Erklärungswillens verständlich gemacht, so hat ihre Erklärung - vorbehaltlich der gesetzlichen Gültigkeitsschranken¹⁴⁷⁾ - rechtsgestaltende Wirkung.

145) Da für die Feststellung, ob in einer Willenserklärung ein Geschäftswille oder ein Erklärungswille zum Ausdruck komme, gemeinsame Auslegungsgrundsätze gelten, musste in den bisherigen Betrachtungen nicht zwischen dem Geschäftswillen und dem Erklärungswillen unterschieden werden (vorn S. 5). Für die Feststellung der Rechtswirksamkeit einer Willenserklärung bedarf es indessen dieser Unterscheidung, da die Rechtswirksamkeit einer Willenserklärung voraussetzt, dass sich der Erklärende sowohl im Sinne eines Geschäftswillens als auch im Sinne eines Erklärungswillens verständlich gemacht hat.

146) FN 145

147) Art. 19 ff. OR.

2. Kapitel: Bedeutung der Auslegung hinsichtlich des Konsenses

Haben sich beide Vertragsparteien sowohl im Sinne eines bestimmten Geschäftswillens als auch im Sinne eines Erklärungswillens verständlich gemacht und haben somit ihre Erklärungen rechtsgestaltende Wirkung, so ist weiter zu prüfen, ob sich die Parteien im Sinne des gleichen Geschäftswillens verständlich gemacht haben, ob sich also die Auslegungsergebnisse hinsichtlich des Geschäftswillens decken. Trifft dies nicht zu, so besteht Dissens¹⁴⁸⁾. Haben sich dagegen die Vertragsparteien im Sinne des gleichen Geschäftswillens verständlich gemacht und sind somit ihre Erklärungen im gleichen Sinne auszulegen, so liegt Konsens vor¹⁴⁹⁾.

- 148) Die Unterscheidung zwischen offenem und verstecktem Dissens ist unnötig; denn die Rechtswirkung ist in beiden Fällen dieselbe, nämlich das Nichtzustandekommen des Vertrages.

Das übliche Unterscheidungsmerkmal ist übrigens wenig überzeugend. Darnach soll es nämlich darauf ankommen, ob die Nichtübereinstimmung der Willenserklärungen erkennbar geworden sei oder ob die Parteien glauben, einig zu sein, während in Wirklichkeit ihre Erklärungen nicht übereinstimmen (statt vieler: Otfinger IV, Einführung zu Nr. 28 und 29; vgl. auch Einführung zur Nr. 27). Ein Dissens steht doch immer erst auf Grund der Auslegung fest, wobei es völlig uninteressant ist, ob die eine oder die andere Vertragspartei oder beide Parteien geglaubt haben, es liege Konsens vor. Sinnvoller wäre es, versteckten Dissens nur dann anzunehmen, wenn die Erklärungen beider Parteien oder diejenige einer Partei auf Grund der Auslegung mehrdeutig sind (vorn S. 59 ff.).

- 149) Konsens braucht aber nicht etwa schon dann vorzuliegen, wenn sich die Erklärungen der beiden Vertragsparteien im Wortlaut decken oder wenn sich die eine Erklärung in einer blossen Bezugnahme auf die andere Erklärung erschöpft (die Erklärung des Partners lautet etwa: "Einverstanden" oder "Ja", oder die Erklärung besteht in einem Kopfnicken usw.). Das erhellt ohne weiteres daraus, dass der Wortlaut einer Erklärung noch nicht darüber entscheidet, ob sich der Erklärende überhaupt und allenfalls in welchem Sinne er sich verständlich gemacht hat, dass aber die Frage des Sichverständlichmachens mit Bezug auf die im Wortlaut übereinstimmenden Erklärungen deshalb verschieden zu beurteilen sein kann, weil der tatsächliche Wille oder das tatsächliche Verständnis einer Partei nicht auch bei der anderen Partei vorhanden zu sein braucht. Nur wenn mit Bezug auf beide Erklärungen das hypothetische Erkennen des hypothetischen Willens massgebend ist (vorn S. 41 ff.), muss Konsens vorliegen, falls die Erklärungen der beiden Vertragsparteien sich im Wortlaut decken.

3. Kapitel: Bedeutung des Konsenses hinsichtlich des Zustandekommens und des Inhaltes des Vertrages

§ 1. Verhältnis zwischen Zustandekommen und Inhalt des Vertrages

Mit der Entscheidung der Frage des Konsenses ist notwendig sowohl die Frage des Zustandekommens als auch diejenige des Inhaltes des Vertrages beantwortet:

Ist nämlich Konsens gegeben, so ist der Vertrag nicht etwa in einem abstrakten Sinne zustandegekommen, sondern weist er notwendig auch einen bestimmten Inhalt auf. Ist dagegen der Konsens nicht gegeben, so ist der Vertrag nicht bloss nicht zustandegekommen, sondern gibt es auch keinen Inhalt des Vertrages.

Diese Feststellung drängt sich deshalb auf, weil neuerdings die Auffassung anzutreffen ist, der Richter habe ausschliesslich über den Inhalt des Vertrages zu entscheiden, falls beide Parteien geltend machen, dass Konsens vorliege, dass also der Vertrag zustandegekommen sei, und sie lediglich über den Vertragsinhalt streiten¹⁵⁰⁾.

Dieser Auffassung ist entschieden zu widersprechen. Vorerst ist unter dem prozessualen Gesichtspunkt festzuhalten, dass der Richter die Frage des Konsenses als Rechtsfrage¹⁵¹⁾ von Amtes wegen zu prüfen hat. Weder die Verhandlungsmaxime noch der Grundsatz der Gebundenheit des Richters an die Rechtsbegehren der Parteien lassen den gegenteiligen Schluss zu. Wie Gauch an anderer Stelle¹⁵²⁾ selber ausführt, ist die Vertragsauslegung nur Mittel zum Zwecke der Entscheidung über Rechtsbegehren.

Falls die Auslegung der Erklärungen der Vertragsparteien im Hinblick auf ihren Inhalt ergibt, dass ihre Erklärungen einen verschiedenen Sinn, einen verschiedenen Inhalt haben und dass infolgedessen kein Konsens vorliegt,

150) Bucher 155 unten, insbesondere FN 9; Gauch N 324 ff.; Gauch/Schluep/Jäggi N 553 ff.

151) BGE 105 II S. 18, Erwägung 2.

152) N 320

kann der Richter nicht an den Rechtsstandpunkt der Parteien, dass der Vertrag zustandegekommen sei, gebunden sein. Eine derartige Bindung des Richters darf umso weniger angenommen werden, als der Rechtsstandpunkt einer Partei, dass der Vertrag mit dem von ihr geltend gemachten Inhalt zustandegekommen sei, niemals von vornherein dahin interpretiert werden kann, sie wollen den Vertrag auch dann als zustandegekommen anerkennen, wenn er diesen Inhalt nicht aufweist.

Die Auffassung, dass die Auslegung sich nicht auch auf das Zustandekommen des Vertrages, sondern ausschliesslich auf dessen Inhalt beziehe, wenn die Parteien lediglich über den Vertragsinhalt streiten, ist aber auch unter dem materiellrechtlichen Aspekt abzulehnen. Ergibt die zum Zwecke der Feststellung des Inhalts des Vertrages erforderliche Auslegung der beiden Willenserklärungen, dass diese einen verschiedenen Sinn, einen verschiedenen Inhalt haben, so hat der als zustandegekommen behauptete Vertrag keinen Inhalt. Wenn also der Richter prozessual an die Erklärungen der Parteien, dass der Vertrag zustandegekommen sei, gebunden wäre, so müsste er annehmen, ein Vertrag sei ohne Inhalt zustandegekommen. Ohne Inhalt kann jedoch ein Vertrag nicht zustandekommen. Der Richter kann dieser gleichsam prozessualen Vertragshülle auch keinen Inhalt imputieren. Er kann lediglich den mit einem bestimmten Inhalt zustandegekommenen Vertrag in einem Nebenpunkt ergänzen¹⁵³⁾. Diese richterliche Vertragsergänzung setzt also einen Konsens über die - objektiven und subjektiven¹⁵⁴⁾ - Hauptpunkte des Vertrages voraus.

Woraus sollte übrigens der Richter den Inhalt eines Vertrages schöpfen, über dessen Hauptpunkte ein Konsens nicht zustandegekommen ist? Während der Inhalt eines zustandegekommenen, mithin die Hauptpunkte umfassenden Vertrages dem Richter für die Ergänzung des Vertrages in einem Nebenpunkt Anhaltspunkte liefert, "die Gewinnung zusätzlicher Normen..... als dem Rechtsgeschäft bereits (latent) innewohnend"¹⁵⁵⁾, d.h. die Feststellung erlaubt, wie vernünftige und korrekte Dritte an der Stelle der konkreten Vertragsparteien den in Frage stehenden Punkt

153) A.M. Gauch N 327; von Büren 168 f.; Gény No 172, S. 158 f.

154) Hinten S. 83 unten / 84 oben

155) Egger 107

geregelt hätten¹⁵⁶⁾, so wäre der Richter in der Regel ausserstande, an der Stelle der Parteien den wesentlichen Vertragsinhalt zu bestimmen.

Dass die hier angefochtene Auffassung lebensnaher sein soll, erscheint zum mindesten als fraglich: Ist es wirklich lebensnaher anzunehmen, dass eine Partei, nachdem die Auslegung ergeben hat, dass der Vertrag nicht mit dem von ihr geltend gemachten Inhalt zustandegekommen ist, dennoch daran festhalten möchte, dass der Vertrag zustandegekommen sei, und dem Richter die Inhaltsschöpfung übertragen will? Warum sollten es übrigens die Parteien in einem solchen Falle nicht vorziehen, die Vertragshülle durch eine neue Vereinbarung selbst zu füllen?

Freilich können die Vertragsparteien über den Inhalt eines Punktes streiten, ohne dass der Konsens hinsichtlich des Vertrages davon berührt wird, nämlich dann, wenn dieser Punkt ein - objektiver und subjektiver - Nebenpunkt ist¹⁵⁷⁾. Die Feststellung des Inhalts eines solchen Nebenpunktes vermag aber den Konsens hinsichtlich des Vertrages nur deshalb nicht zu berühren, weil der fehlende Konsens über diesen Nebenpunkt von vornherein keinen Einfluss auf den Konsens hinsichtlich des Vertrages haben kann¹⁵⁸⁾. Aber auch hier gilt: Der Streit über den Inhalt eines Nebenpunktes wirft notwendig auch die Frage auf, ob bezüglich dieses Nebenpunktes Konsens bestehe.

2. Bedeutung des Konsenses über die objektiv wesentlichen Vertragspunkte (objektiven Hauptpunkte - Essentialia)

Die objektiv wesentlichen Vertragspunkte sind die begriffswesentlichen, begriffsnotwendigen Punkte eines bestimmten Vertragstypus. Sie bilden das Minimum dessen, was von den Vertragsparteien verabredet werden muss, damit ein bestimmter Vertrag zustande kommen kann.

156) Hinten S. 90

157) Ein Beispiel für einen solchen Rechtsstreit: BGE 82 II 445 ff. = SJZ 1967 (Band 63) 360 Ziff. 2

158) Gl. M. BGE 103 II 193 ff.

Ueber die objektiv wesentlichen Punkte eines Vertragstypus muss demnach Konsens bestehen, damit ein entsprechender Vertrag zustandekommen kann. So muss beispielsweise, damit ein Kaufvertrag zustandekommen kann, über die Ware und den Preis Konsens bestehen¹⁵⁹⁾.

§ 3. Bedeutung des Konsenses über objektiv unwesentliche Vertragspunkte (objektive Nebenpunkte)

I. Grundsatz

Während die objektiven Hauptpunkte für einen bestimmten Vertragstypus begriffsnotwendig sind und unter allen Umständen des Konsenses bedürfen, damit ein Vertrag zustandekommen kann, so sind objektiv unwesentliche Vertragspunkte, objektive Nebenpunkte, von Gesetzes wegen nicht konsensbedürftig (z.B. Ort der Leistung, Zeitpunkt der Leistung, Höhe der Zinsen usw.¹⁶⁰⁾).

II. Ausnahme

A. Grundsatz

Die Vertragsparteien - oder auch nur eine Partei - können einen objektiv unwesentlichen Vertragspunkt zu einem subjektiv wesentlichen machen, indem sie nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zum Ausdruck bringen, dass sie den Vertrag nur unter der Voraussetzung gelten lassen wollen, dass eine Einigung, ein Konsens, über diesen Vertragspunkt zustandekommt. Voraussetzung des Zustandekommens des Vertrages ist sodann der Konsens über diesen subjektiv wesentlichen Vertragspunkt¹⁶¹⁾.

Die Frage, ob ein objektiver Nebenpunkt zu einem subjektiv wesentlichen Vertragspunkt gemacht worden sei oder nicht, muss in Anwendung der-

159) Vgl. BGE 103 II 193 ff.

160) Weitere Beispiele: s. Becker N 6 zu Art. 2

161) Vgl. BGE 103 II 193 ff.

selben Grundsätze beantwortet werden, die allgemein für die Auslegung von Willenserklärungen gelten¹⁶²⁾.

B. Ausnahme einer gesetzlichen Vermutung für die Unwesentlichkeit eines objektiven Nebenpunktes

1. Voraussetzung der gesetzlichen Vermutung

Es kommt vor, dass die Bereinigung eines objektiven Nebenpunktes auf später verschoben wird. In diesem Falle wird ein Vorbehalt zugunsten einer späteren Abmachung angebracht. Der Sinn dieses Vorbehaltes ist der, dass die Vertragsparteien bezüglich des betreffenden objektiven Nebenpunktes später eine Abmachung treffen wollen.

Auch in einem solchen Falle erhebt sich die Frage, ob die Vertragsparteien - oder wenigstens eine Partei - das Zustandekommen des Vertrages von der späteren Einigung über den betreffenden objektiven Nebenpunkt abhängig gemacht haben oder nicht. Aber diese Frage ist nicht von vornherein¹⁶³⁾ auf Grund der Auslegung der entsprechenden Willenserklärung der betreffenden Vertragspartei oder der beiden Vertragsparteien nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu entscheiden. Vielmehr greift hier a priori eine gesetzliche Vermutung ein, nämlich diejenige des Art. 2 Absatz 1 OR.

2. Inhalt der gesetzlichen Vermutung

Art. 2 Absatz 1 OR stellt die Vermutung auf, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle, d.h. dass keine Vertragspartei den betreffenden objektiven Nebenpunkt zu einem subjektiven Hauptpunkt gemacht habe. Die gesetzliche Vermutung geht also dahin, dass der Vertrag auch ohne Einigung über diesen Punkt zustandegekommen sei¹⁶⁴⁾.

162) Vorn S. 21 ff.

163) Vgl. aber die nachfolgende Ziff. 3

164) Der Vertrag ist aber auch dann zustandegekommen, wenn die Parteien für einen Nebenpunkt, über den sie sich nicht geeinigt haben, keine spätere Regelung vorbehalten haben, sofern über die - objektiven und subjektiven - Hauptpunkte Konsens besteht (BGE 103 II 193 ff.).

3. Widerlegbarkeit der gesetzlichen Vermutung

Die gesetzliche Vermutung des Art. 2 Absatz 1 OR ist widerlegbar. Das ergibt sich einmal aus dem Wortlaut der Vorschrift: Da, wo das Gesetz eine unwiderlegbare Rechtsvermutung aufstellen will, verwendet es den Ausdruck "gilt" (z.B. Art. 201 Absatz 2 OR), was hier nicht zutrifft. Aber auch nach der Zweckbestimmung von Art. 2 Absatz 1 OR soll der Nachweis nicht ausgeschlossen sein, dass wenigstens eine Vertragspartei die vorbehaltene Vereinbarung zur Voraussetzung des Zustandekommens des Vertrages gemacht hat; denn Art. 2 Absatz 1 OR bezweckt nicht eine inhaltliche Gestaltung der Rechtslage, sondern will lediglich um der Rechtssicherheit willen eine klare Rechtslage schaffen.

Die gesetzliche Vermutung kann somit durch den auf dem Wege der Auslegung zu erbringenden Nachweis widerlegt werden, dass wenigstens eine Vertragspartei die vorbehaltene Vereinbarung zur Voraussetzung des Zustandekommens des Vertrages, dass also wenigstens eine Vertragspartei den betreffenden objektiven Nebenpunkt zu einem subjektiven Hauptpunkt gemacht habe.

4. Rechtslage bei Nichtwiderlegung der gesetzlichen Vermutung

Für den Fall, dass die gesetzliche Vermutung nicht widerlegt wird, findet Absatz 2 von Art. 2 OR Anwendung. Darnach gilt folgende Rechtslage: Kommt in der Folge über den vorbehaltenen Nebenpunkt eine Vereinbarung nicht zustande, so hat der Richter über diese nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden. Der Richter hat also nach den Umständen, unter Berücksichtigung der von den Vertragsparteien in den Vertragsverhandlungen geäusserten Vorstellungen und Wünschen, die fehlende Bestimmung der Vertragsparteien zu schaffen. Dieser Vorgang, den der Gesetzgeber dem Richter vorschreibt, bedeutet nichts anderes als die Entscheidung der Frage, ob und allenfalls in welchem Sinne sich vernünftige und korrekte Dritte an der Stelle der konkreten Vertragsparteien unter den gegebenen Umständen im betreffenden Punkt verständlich gemacht hätten, wenn sie

sich hierzu überhaupt geäußert hätten (fiktives Sichverständlich-machen¹⁶⁵).

Der Richter hat somit auf Grund von Art. 2 Absatz 2 OR nicht - wie es der allgemeine Grundsatz über die Vertragsergänzung¹⁶⁶ erheischen würde - nach Möglichkeit zunächst dispositives Gesetzesrecht heranzuziehen, sondern sogleich den mutmasslichen Willen der Vertragsparteien zu erforschen.

Das Ergebnis dieser Untersuchung braucht durchaus nicht mit der aus dem dispositiven Gesetzesrecht resultierenden Lösung übereinzustimmen.

Beispiel:

In einem "Kaufvertrag für gebrauchte Motorfahrzeuge" bestellte A bei B ein Auto zum Preis von Fr. 1'200.--. Hinsichtlich der Zahlungsbedingungen wurde vereinbart:

"Anzahlung von Fr. 300.-- bei Vertragsabschluss, Fr. 500.-- bei der auf den 31. März 1978 festgesetzten Abholung des Wagens; die Fälligkeit der Restsumme, zuzüglich eines Kreditzuschlages, wird noch vereinbart".

Nach Vertragsabschluss und Leistung der Anzahlung liess A nichts mehr von sich hören. Am 31. März 1978 holte er weder den Wagen ab, noch bezahlte er die Fr. 500.--. Eine Vereinbarung über die Fälligkeit des Restkaufpreises kam nicht mehr zustande.

Im Prozess wird festgestellt, dass B dem A im Laufe der Vertragsverhandlungen verschiedene Möglichkeiten und Bedingungen einer Kreditierung des Restkaufpreises vorgeschlagen und dass A daraufhin erklärt hatte, er werde die Restsumme auf jeden Fall bis spätestens am 31. April 1978 bezahlen, worauf B nichts erwidert hatte.

In Würdigung dieser Vertragsverhandlungen wird der Richter annehmen, sofern ihm keine weiteren konkreten Umstände bekannt sind, die Vertragsparteien hätten mutmasslich den Fälligkeitstermin für den Restkaufpreis auf den 31. April 1978 festgelegt.

165) Hinten S. 90

166) Hinten S. 88

Müsste der Richter demgegenüber dispositives Gesetzesrecht anwenden, so hätte er auf Grund von Art. 75 OR und selbstverständlich unter Berücksichtigung der Vereinbarung, wonach bei Vertragsabschluss lediglich Fr. 300.-- zu zahlen sind, die Entscheidung zu treffen, dass die Restsumme gleichzeitig mit der am 31. März 1978 fällig gewordenen weiteren Zahlung von Fr. 500.-- zu leisten gewesen sei.

Für den Fall freilich, dass sich ein übereinstimmender fiktiver Wille der Vertragsparteien nicht erforschen lässt, ist der Richter auf das dispositive Gesetzesrecht verwiesen. Lässt ihn auch dieses im Stich, so muss er auf Grund von Art. 1 Absätze 2 und 3 ZGB als Gesetzesgeber fungieren und die Lücke durch eine abstrakte, generelle Norm ausfüllen.

3. Abschnitt: Ergänzung des Vertrages nach dem Prinzip des Sichverständlichmachens

1. Kapitel: Voraussetzungen der Ergänzung des Vertrages

Die Ergänzung des Vertrages setzt voraus, dass der Vertrag mit einem bestimmten Inhalt zustandegekommen ist, dass sich aber die Vertragsparteien über einen bestimmten Punkt, der irgendwie geregelt werden muss, überhaupt nicht geäußert oder - auf Grund der Auslegung - jedenfalls nicht geeinigt haben, so dass der Vertrag eine Lücke aufweist¹⁶⁷⁾. Dieser Vertragspunkt darf aber weder objektiv noch subjektiv wesentlich sein¹⁶⁸⁾; denn über die objektiv und die subjektiv wesentlichen Punkte muss Konsens bestehen, damit ein Vertrag zustandekommen kann¹⁶⁹⁾.

Die Ergänzung des Vertrages wird zu Unrecht allgemein "ergänzende Auslegung" genannt; denn "ausgelegt" werden können nur tatsächliche, nicht fingierte Willenserklärungen.

167) Gl. M. Oftinger I 197

168) Darüber: vorn S. 82 (unten) ff.

169) Vgl. BGE 103 II 193 ff.

2. Kapitel: Verhältnis zwischen dispositivem Recht und mutmasslicher Regelung durch die Parteien

§ 1. Grundsatz

Grundsätzlich hat der Richter den Vertrag zunächst durch Heranziehung des dispositiven Gesetzesrechtes zu ergänzen¹⁷⁰⁾; denn das dispositive Gesetzesrecht greift seinem Wesen nach dann ein, wenn die Vertragsparteien eine bestimmte Frage nicht geregelt haben. Die Geltung einer dispositiven Gesetzesnorm ist ausschliesslich an die Voraussetzung geknüpft, dass der Vertrag eine entsprechende Lücke aufweist.

Für den Fall aber, dass der Richter dem dispositiven Gesetzesrecht keine Lösung entnehmen kann, hat er nicht etwa die gesetzliche Lücke in der Eigenschaft als Richter auszufüllen (Art. 1 Absätze 2 und 3 ZGB). Vielmehr verdient die Ergänzung des Vertrages durch die Feststellung, wie vernünftige und korrekte Dritte an der Stelle der konkreten Vertragsparteien¹⁷¹⁾ den betreffenden Vertragspunkt geregelt hätten, den Vorzug, da sie den konkreten Gegebenheiten eher Rechnung zu tragen imstande ist¹⁷²⁾.

Dieser Feststellung der mutmasslichen Regelung der Vertragsparteien muss aber auch dann der Vorrang eingeräumt werden, wenn die in Frage kommende dispositive Vertragstypennorm an den Individualitäten des vorliegenden Vertrages völlig vorbeigeht, weil dieser einen atypischen Charakter aufweist¹⁷³⁾.

Wenn sich allerdings nicht erforschen lässt, wie vernünftige und korrekte Dritte an der Stelle der konkreten Vertragsparteien den betreffenden Vertragspunkt geregelt hätten, muss die richterliche Neuschöpfung eines Rechtssatzes gemäss Art. 1 Absätze 2 und 3 ZGB Platz greifen.

170) Gl. M. Oftinger I 199 bei FN 53; der Stellenwert des ergänzenden Rechtes ist in der Lehre allerdings umstritten (vgl. dazu die neueste, eingehende und überaus klare Auseinandersetzung mit den verschiedenen Lehrmeinungen bei Schlupe 782 ff.).

171) Hinten S. 90

172) A.M. Oftinger I 200 ff.

173) Vgl. dazu Schlupe 785 f. und die dort zitierte Literatur

Diese Rangfolge - Heranziehung dispositiven Gesetzesrechtes, mutmassliche Regelung durch die Vertragsparteien, Ausfüllung einer gesetzlichen Lücke durch den Richter als Gesetzgeber - hat nicht bloss theoretische Bedeutung. Es ist nämlich durchaus denkbar, dass die Feststellung der mutmasslichen Regelung der Vertragsparteien von der auf Allgemeingültigkeit ausgerichteten Regelung des zutreffenden oder des vom Richter zu schöpfenden abstrakt-generellen Rechtssatzes abweichen würde¹⁷⁴⁾; denn der Richter hat die mutmassliche Regelung der Vertragsparteien mit Rücksicht auf den konkreten Vertrag, insbesondere auf dessen Zweckbestimmung, oder auf Aeusserungen der Vertragsparteien im Verhandlungsstadium festzustellen.

§ 2. Abweichende gesetzliche Regelung

Art. 2 Absatz 1 OR stellt die Vermutung auf, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern soll, d.h. dass keine Vertragspartei den betreffenden objektiven Nebenpunkt zu einem subjektiven Hauptpunkt gemacht hat.

Für den Fall, dass diese gesetzliche Vermutung nicht widerlegt wird, findet Absatz 2 von Art. 2 OR Anwendung. Darnach hat der Richter, falls über den vorbehaltenen Nebenpunkt eine Vereinbarung nicht zustandekommt, nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden. Der Richter hat also auf Grund dieser Gesetzesbestimmung nicht, wie es dem allgemeinen Grundsatz über die Vertragsergänzung entspräche, nach Möglichkeit zunächst dispositives Gesetzesrecht heranzuziehen, sondern sogleich den mutmasslichen Willen der Vertragsparteien zu erforschen. Allerdings ist der Richter, falls sich eine mutmassliche Regelung der Vertragsparteien nicht feststellen lässt, auf das dispositive Gesetzesrecht verwiesen. Lässt sich auch dem dispositiven Gesetzesrecht keine Regelung entnehmen, so muss der Richter auf Grund von Art. 1 Absätze 2 und 3 ZGB als Gesetzgeber die Lücke durch eine abstrakt-generelle Norm ausfüllen¹⁷⁵⁾.

174) Vgl. das Beispiel vorn S. 86

175) Vorn S. 87 oben

3. Kapitel: Methode zur Feststellung der mutmasslichen
Regelung¹⁷⁶⁾ durch die Parteien
(Fiktives Sichverständlichmachen)

Die Feststellung, wie vernünftige und korrekte Dritte an der Stelle der konkreten Vertragsparteien¹⁷⁷⁾ den in Frage stehenden Punkt geregelt hätten, ist ebenfalls - wie die Auslegung - unter dem Gesichtspunkt der gegenseitigen Verbundenheit und Rücksichtnahme der Kontrahenten vorzunehmen. Das bedeutet, dass der Richter den Versuch einer Feststellung zu unternehmen hat, ob und allenfalls in welchem Sinne sich vernünftige und korrekte Vertragsparteien, in Würdigung aller erkannten oder erkennbaren Umstände, verständlich gemacht hätten, wenn sie sich über den betreffenden Punkt überhaupt geäussert hätten.

Bei dieser Feststellung handelt es sich nicht um eine Hypothese, sondern um eine Fiktion; denn es steht ja fest, dass das Ergebnis der richterlichen Prüfung mit dem tatsächlichen Verständnis der Vertragsparteien nicht übereinstimmen kann, da diese sich überhaupt nicht geäussert haben, während das Ergebnis einer Hypothese, wie eine vernünftige und korrekte Vertragspartei eine Erklärung verstehen durfte und musste, mit dem tatsächlichen Verständnis dieser Vertragspartei durchaus übereinstimmen kann. Im Hinblick darauf nennt Keller¹⁷⁸⁾ diese Art des Sichverständlichmachens "fiktives Sichverständlichmachen".

176) Keller I 318 rechte Spalte; derselbe II 370 rechte Spalte unten

177) Vorn S. 47 f.

178) Vorn FN 176

LEBENS LAUF

Am 19.4.1951 wurde ich in Roggwil im Kanton Thurgau geboren.

Den Besuch der Primarschule und des Gymnasiums schloss ich in Winterthur im Herbst 1970 mit der Matur (des Typus B) ab.

Anschliessend besuchte ich anderthalb Jahre das Oberseminar in Zürich und erhielt das Patent als Primarlehrerin.

Danach war ich 2 1/2 Jahre lang als Primarlehrerin in Winterthur tätig.

Auf das Wintersemester 1975 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät Zürich, an der ich im Februar 1981 das Studium mit dem direkten Doktorat abschloss.

